

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE L'INFLUENCE DU MARIAGE
SUR LA
NATIONALITÉ TUNISIENNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Jeudi 5 mars 1931, à 2 heures

PAR

André SCÉMAMA

AVOCAT AU BARREAU DE TUNIS

Président : M. RIPERT, *professeur.*
Suffragants { MM. J. DE LA MORANDIÈRE, *professeur.*
HUGUENEY, *professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1931

Paris
1931.

DE L'INFLUENCE DU MARIAGE
SUR LA
NATIONALITÉ TUNISIENNE

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.**

DE L'INFLUENCE DU MARIAGE
SUR LA
NATIONALITÉ TUNISIENNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Jeudi 5 mars 1931, à 2 heures

PAR

André SCÉMAMA

AVOCAT AU BARREAU DE TUNIS

Président : M. RIPERT, professeur.
Suffragants } MM. J. DE LA MORANDIÈRE, professeur.
HUGUENEY, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

—
1931

*24949



AVANT-PROPOS

S'il est vrai que la Tunisie est parvenue à ce stade définitif de son développement qui fait d'elle un Etat, s'il est vrai que la France protège ce territoire et la nation qui l'occupe, la lacune de la législation tunisienne relative à la détermination de la nationalité de la femme mariée en Tunisie doit être comblée sans retard.

N'est-il pas étrange, au xx^e siècle, ce pays, si peu soucieux de sa population qu'il en abandonne certains éléments constitutifs à la qualification discrétionnaire des législations étrangères ? Se conçoit-il abdication plus achevée de ces droits de souveraineté dont chaque Etat se montre si jaloux ? L'insouciance, certes, ne peut à elle seule expliquer une attitude aussi obséquieuse et dégradante. Sans doute, le musulman se complaît dans l'isolement merveilleux que lui procure la foi. Il se préoccupe peu de ce que préparent ou font les infidèles de l'Occident. Il a pour eux la plus sincère indifférence.

Mais s'il n'était que cela, il appartiendrait à la

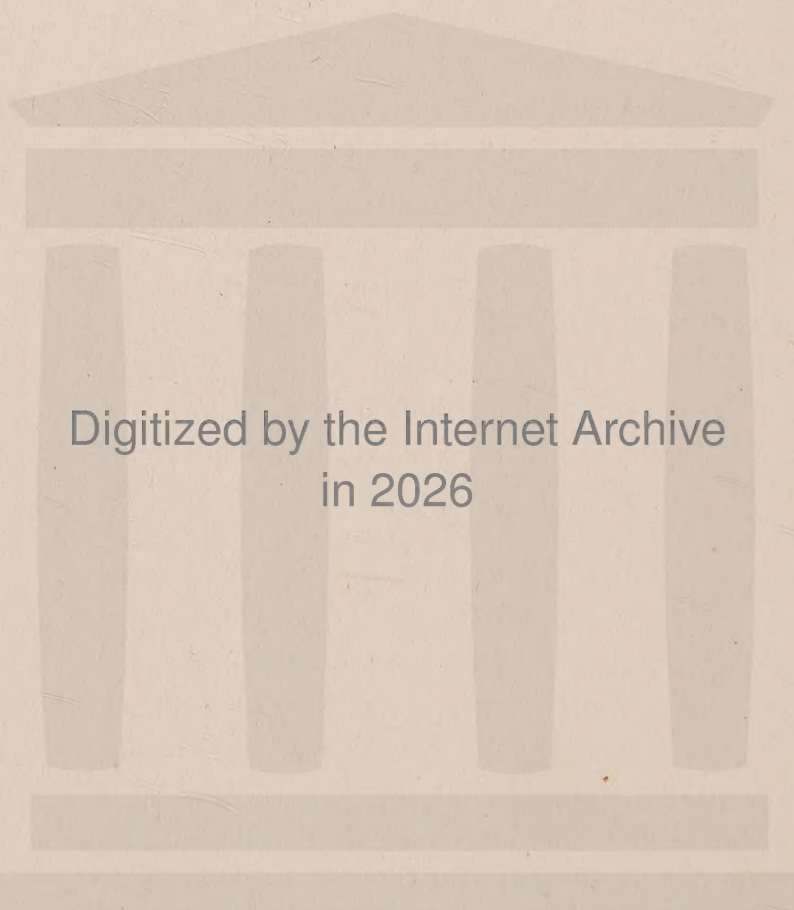
France de protéger l'indigène tunisien contre sa propre torpeur, contre cette attente orgueilleuse et indolente de la rétribution infaillible promise aux seuls croyants.

Hélas — et nous touchons au point névralgique du mal dont souffre toute la législation tunisienne — on est assez porté en France à imaginer que la Tunisie se trouve encore à ce stade primaire des Etats barbares grevés d'hypothèques internationales et auxquels pour cette raison, longtemps même après la radiation de ces hypothèques, on ne peut reconnaître de personnalité ni d'indépendance. Cinquante ans de progrès matériel et social magnifiquement accompli sous l'égide de la France n'ont pas déraciné cette opinion aberrante ! Selon l'expression saisissante de Cavé « Par delà le tombeau les Capitulations mortes exercent une emprise morale sur les gens et sur les choses.

Les *réminiscences capitulaires* ont eu des conséquences fâcheuses. La France, animée de scrupules d'une nature périmée — surtout si l'on en juge d'après le sens et le prix que certains de ses voisins attachent à « l'acte de force » — la France a cru devoir engager la législation tunisienne dans la voie de l'opportunisme le plus critiquable. Et la carence d'un texte législatif relatif à la nationalité de la femme mariée, en Tunisie, ne constitue qu'un aspect de cette tendance pernicieuse.

Pernicieuse, cette tendance l'apparaît au suprême degré dans la matière que nous traitons, tant pour la Tunisie que pour la France. Les problèmes démographiques, politiques et sociaux que soulève notre sujet nous permettront d'en juger. Il nous suffit d'indiquer ici que la détermination actuelle de la nationalité de la femme mariée diminue le nombre de sujets tunisiens, ne fait pas bénéficier la France de nouveaux sujets et par contre accroît sensiblement la population italienne déjà fort importante en Tunisie.

La Tunisie est l'objet de convoitises non dissimulées. Les sonneries éclatantes des trompettes, animées par le souffle belliqueux de certains Josué exaltés, n'émeuvent certes pas beaucoup la France qui est aujourd'hui, suivant les fortes paroles de M. André Tardieu « dans une position qui la dispense tout autant de l'inquiétude que de la forfanterie ». Sans doute, les assises du Protectorat français en Tunisie sont-elle mieux cimentées que les murailles de Jéricho ! Mais encore faut-il veiller à ce qu'il ne s'y produise aucune lézarde ! Devant un Tribunal international, une supériorité démographique nettement accusée ne serait peut-être pas un argument sans valeur !



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Il n'est pas une législation civilisée où l'on ne discerne le souci de permettre au juge de déterminer, sans la moindre hésitation, le rapport des individus qui se soumettent à sa juridiction avec l'Etat au nom duquel il rend la justice. La définition des personnes qui dépendent d'un Etat en qualité de ressortissants touche incontestablement à la constitution de cet Etat. De cette définition dépend son existence même et sa pérennité. Qu'est-ce qu'un Etat en effet, sinon une nation, une communauté politique vivant sur un territoire? La rédaction des lois sur la nationalité est par suite la première préoccupation d'un Etat dont la personnalité internationale est reconnue.

Mais il se peut que l'investiture de telle ou telle personne de la qualité de national, soit contestée par un Etat étranger qui proclame lui, son allégeance sur cette personne. C'est là un conflit de nationalités. Et si, comme l'a démontré définitivement M. Bartin, un conflit de lois est en réalité un

conflit de souverainetés, c'est dans un conflit de nationalités que s'affrontent avec le plus de vigueur les Etats. La détermination de la nationalité met en jeu, chaque fois qu'elle se pose, la souveraineté elle-même de cet Etat. C'est ce qu'on exprime en disant que la nationalité est d'ordre public. Le juge doit statuer d'après sa loi nationale sans se soucier des législations étrangères.

Encore faut-il que la législation qu'il applique comporte des textes précis, indiscutables sur la détermination du lien qui rattache l'individu à la communauté politique que constitue l'Etat.

Et une législation bien comprise ne doit pas se contenter de déterminer ce lien. Il lui faut, surtout à une époque où les Etats se montrent aussi soucieux de leur situation démographique, régler avec minutie les cas d'acquisition et de perte de nationalité. Aux Etats désireux d'augmenter le nombre de leurs ressortissants, une législation pertinente est d'un précieux secours. Les mêmes préoccupations animant des Etats différents, les cas d'acquisition et de perte de nationalité devaient fatalement constituer une source inépuisable de conflits de nationalités. D'où la nécessité d'opposer aux prétentions de la législation étrangère, un texte catégorique ne prêtant pas à la discussion, un mode définitif de solution de tout conflit de nationalités susceptible de se produire.

Cette nécessité se fait sentir avec une acuité toute particulière dans le cas de perte et d'acquisition de la nationalité par l'effet du mariage. Le mariage exerce-t-il une influence sur la nationalité de la femme ? La question d'une application pratique pour ainsi dire constante, a été âprement controversée.

La plupart des législations ont cependant pris nettement position, soit en conservant à la femme sa nationalité d'origine, soit en lui faisant acquérir la nationalité de son mari, soit en permettant à la volonté de la femme d'intervenir au mot de la célébration du mariage, soit enfin en soumettant cette dénationalisation à diverses conditions (domicile, acquisition de la nationalité étrangère). Sans doute, en raison de cette divergence de points de vue, les cas de double nationalité se sont multipliés. Mais quelle que soit l'attitude adoptée par les législations, la solution est aisée pour le juge saisi : il détermine la nationalité de la femme mariée d'après le texte précis que la législation de l'Etat au nom duquel il rend la justice lui désigne.

La législation tunisienne ne procède pas, hélas ! de la même conception. Cette législation contient deux textes traitant de la nationalité. Le premier, l'article 92 de la Constitution du 26 avril 1861, semble si vieux, si engourdi par le non-usage et d'une conception tellement démodée qu'il nous

semble à première vue difficile de l'opposer avec succès aux dispositions des législations étrangères. Le décret du 19 juin 1914, lui, semble ignorer que l'on puisse perdre ou acquérir une nationalité par le fait du mariage. On se doute alors de l'embarras des magistrats chargés de déterminer la nationalité d'une femme mariée en Tunisie, lorsque l'un des époux est de nationalité tunisienne. Or, ces mariages, en raison de la complexité des éléments hétérogènes de la population tunisienne, en raison du bienfait de la loi sur la naturalisation française accordé à un grand nombre d'indigènes, et aussi, mais dans une mesure infiniment plus réduite, en raison de la compénétration des races, deviennent de plus en plus nombreux.

Il importe cependant que la femme en se mariant en Tunisie sache sous l'allégeance de quelle nation elle va se trouver ; il faut aussi que sa volonté participe au changement de sa nationalité. Et ce changement de nationalité n'intéresse pas la femme seulement. Il a sa répercussion inévitable sur la démographie du pays ; il met en jeu des intérêts sociaux et politiques d'une importance capitale. L'urgence d'un texte législatif se fait donc de plus en plus pressante.

Dominés par cette préoccupation, nous examinerons dans la première partie de cet ouvrage, les divers systèmes adoptés par les législations euro-

péennes en vue de résoudre les problèmes que pose la nationalité de la femme mariée. En même temps, nous tâcherons de dégager les motifs et les mobiles qui ont déterminé le choix du législateur en faveur de tel système plutôt que d'un autre. Et nous pourrons constater alors, que les intérêts de l'Etat l'ont souvent emporté sur les droits de l'individu. Revenus en Tunisie après cette courte incursion dans le domaine des législations étrangères, nous chercherons vainement dans la législation séculière, un texte susceptible de déterminer la nationalité de la femme mariée en Tunisie. Ni les intérêts de l'Etat, ni ceux de l'individu n'ont, en cette matière retenu l'attention du législateur. A cette carence inadmissible, nous nous efforçons de trouver une explication.

La deuxième partie de notre étude sera consacrée à la détermination de la nationalité de la femme mariée en Tunisie selon la loi écrite, selon le droit coutumier tiré des prescriptions religieuses et selon la jurisprudence.

La nationalité tunisienne se perd-elle, s'acquiert-elle par le fait du mariage ? Un examen théorique de la question nous permettra de proposer des solutions positives à certains problèmes dont les tribunaux français de Tunis n'ont pas eu à connaître. La jurisprudence, elle, avec une constance et une invariabilité qui ne laisse pas d'impressionner, nous affirmera son opinion.

Ses solutions, cependant, n'échappent pas, croyons-nous, à la critique. Leur méconnaissance du principe de l'allégeance perpétuelle posé par la loi du Charaa, nous semble inconciliable avec le maintien de leur statut personnel aux indigènes tunisiens, maintien prévu par le décret du 31 juillet 1884. D'autre part, les solutions jurisprudentielles ne nous paraissent pas avoir toujours respecté les principes de droit international privé.

Même dans un pays de protectorat, c'est-à-dire dans un Etat dont la situation en droit international public revêt un aspect très particulier, le recours aux législations étrangères pour déterminer, la nationalité de la femme mariée constitue une sujétion intolérable. Et la solution apportée actuellement à la nationalité de la femme mariée en Tunisie, n'est pas seulement préjudiciable à l'Etat tunisien. L'influence politique de la France en Tunisie peut s'en ressentir. Enfin les droits de l'individu doivent-ils être à ce point négligés ? Nous trouverons ainsi une conclusion naturelle dans la juste aspiration de la femme tunisienne épousant un étranger, sinon à disposer d'elle-même (nous visons-là plus particulièrement le cas de la femme musulmane) du moins à connaître et au besoin à pallier l'influence qu'exercera son mariage sur sa nationalité. Et cela nous amènera à concrétiser notre vœu dans un projet de loi.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

LA NATIONALITÉ DE LA FEMME MARIÉE DANS LA LÉGISLATION EUROPÉENNE ET DANS LA LÉGISLATION TUNISIENNE

Lorsqu'un mariage est contracté par des personnes de nationalité différentes, la femme doit-elle suivre la nationalité de son mari ? Convient-il au contraire de lui conserver sa nationalité d'origine ? Avant d'aborder ce problème avec la complexité qu'il comporte en Tunisie, il est nécessaire d'examiner comment les législations étrangères et plus particulièrement la France l'ont envisagé et résolu.

Les deux solutions ont eu chacune leurs partisans convaincus et il faut reconnaître que de part et d'autre, les arguments sont assez déterminants. Deux systèmes se formèrent que nous allons exposer : le système de l'unité de nationalité, et celui de l'indépendance de nationalité des époux.

Le système de l'unité de nationalité dans le mariage a été jusqu'en 1927 le système traditionnel en France. Il avait été adopté par la plupart des législations étrangères ainsi que l'indique le tableau des législations inséré dans le *Manuel de droit international privé* de MM. Pillet et Niboyet (1924, n° 95, note 3). En Allemagne, en vertu de l'article 17 de la loi du 22 juillet 1913, la femme étrangère qui épouse un sujet allemand suit la nationalité de son mari. Il en est de même en Belgique (art. 4 de la loi du 15 mai 1922), en Espagne (art. 22 du Code civil), en Angleterre (art. 10 de la loi du 7 août 1914) (1) ; en Italie (art. 10 de la loi du 13 juin 1912), au Danemark, au Portugal...

Les articles 12 et 19 du Code civil français aujourd'hui abrogés, disposaient que la femme française épousant un étranger prenait la nationalité de son mari, et réciproquement la femme étrangère mariée à un Français devenait Française. « On a toujours considéré, écrit M. Pillet, que le besoin d'unité dans la famille emporte cette conséquence, et l'article 19 est lui-même l'écho d'un principe très généralement admis en législation ». Le système de l'unité de nationalité dans le mariage avait donc obtenu l'adhésion presque un-

(1) Il convient de rappeler que le vieux droit anglo-saxon adoptait le principe de l'allégeance perpétuelle.

nime des législations. Son fondement juridique a été dégagé par M. le Professeur Crémieu en ces termes :

« L'obligation pour la femme de prendre en se
« mariant la nationalité de son mari est la consé-
« quence logique, nécessaire de l'incapacité dont
« elle est frappée. Le mariage est une association.
« Il implique une unité de direction. Dès lors que
« l'état de dépendance dans lequel se trouve la
« femme, lui fait perdre sa capacité juridique,
« l'oblige à prendre le nom de son mari, à avoir
« le même domicile que lui, on ne voit pas pour-
« quoi elle ne serait pas tenue aussi de suivre sa
« nationalité. La nationalité n'est-elle pas, d'ail-
« leurs, un élément de l'état des personnes, au
« même titre que la capacité, le nom et le domi-
« cile? (1) ».

On retrouve là, l'idée dominante du Code civil qui veut que la femme en raison de sa faiblesse, *propter imbecillitatem sexus*, soit placée juridiquement sous la puissance de son mari. Boulay n'avait-il pas dit dans son exposé des motifs du Code civil français au Conseil d'Etat : « Le mariage est une association qui de deux êtres n'en fait qu'un, en donnant la prééminence à l'époux sur l'épouse ». Le système offrait aussi l'avantage

(1) V. L. Crémieu. *La Semaine juridique*, 24 novembre 1927, n° 47, p. 1347.

pratique d'éviter certains conflits de lois en soumettant les deux époux, au point de vue de leur état et de leur capacité, à une loi uniforme. Quelle loi, en effet, déterminera le régime des biens, les rapports personnels des époux qui ont conservé malgré le mariage leur nationalité d'origine ? La loi nationale du mari ou celle de la femme ? L'affaire Ferrari est une illustration des conflits de lois susceptibles de se produire lorsque les époux ont des nationalités différentes. A vrai dire, le but poursuivi par le système était de réduire les cas d'heimatlosat et de double nationalité, préoccupations alors essentielles des législateurs, imbus de deux principes traditionnels : Nul ne peut être privé de nationalité ; nul ne peut avoir deux nationalités.

Mais quand se produisit la mêlée générale de 1914, les besoins démographiques des Etats éprouvés par la guerre d'une part, l'évolution du féminisme d'autre part, eurent pour effet de modifier totalement le point de vue. Il ne semble pas que la réforme législative ait été uniquement entreprise comme l'a déclaré M. Mallarmé, au cours des discussions qui ont précédé le vote de la loi du 10 août 1927 « pour encourager la création de nouveaux
« foyers, pour mettre fin à la plainte de jeunes filles
« qui hésitent à épouser l'homme de leur choix
« parce qu'elles ne veulent pas renoncer à la fierté
« d'être Française et parce qu'elles ne peuvent pas

« lorsqu'elles sont fonctionnaires de l'Etat, en perdant leur nationalité, se priver de leur gain-pain ». En vérité l'adoption du système de l'indépendance de nationalité des époux par les législations modernes s'inspire d'un tout autre motif. Pour un Etat, maintenir à la femme mariée sa nationalité d'origine, ce n'est pas seulement éviter une diminution de la population, c'est aussi augmenter le nombre de ses ressortissants. Prenons par exemple le cas de la femme française mariée à un étranger fixé en France, cette femme n'ayant pas déclaré vouloir acquérir la nationalité étrangère de son mari, conservera la nationalité française qu'elle transmettra à ses enfants. Et ses enfants seront irrévocablement Français au regard de la loi française. Le système de l'unité de nationalité faisait perdre à l'Etat des femmes élevées dans le pays et dont les sentiments nationaux étaient au-dessus de toute suspicion. Et par contre ce système faisait acquérir de plein droit la nationalité à des femmes étrangères dont l'attachement pour leur pays d'origine devait plus ou moins résister au changement de nationalité. Sans doute objectera-t-on qu'en adoptant le principe de l'indépendance de la nationalité de la femme, l'Etat perdra les femmes étrangères qui épousent des nationaux. Mais M. le Professeur de la Morandière dans une attachante conférence sur la Roumanie, a fort bien

démontré que le mal n'était pas grand. « Il est moins indispensable, écrit-il, de nationaliser immédiatement ces étrangères. Leur naturalisation étrangère offre des dangers, même en temps de paix, surtout dans les pays qui accordent des droits politiques à la femme. N'est-il pas fâcheux d'accorder un droit de vote à une femme étrangère, du seul fait qu'elle épouse un national, alors qu'elle n'est au courant ni des habitudes du pays, ni de ses lois, ni de ses besoins.

La guerre et la décroissance de la natalité ont mis le problème démographique au premier plan des préoccupations nationales. M. Mallarmé a exprimé lui-même le véritable sentiment du législateur : « Par le nouveau Code de la nationalité, « la France conservera tous ses enfants et elle « ouvrira plus grand ses bras à ses fils d'adoption. Et cette appréciation de M. Calbairac (1), indique assez à quelles raisons d'Etat, le principe de l'indépendance de la nationalité de la femme mariée doit son succès en France : « Ce principe nouveau, ainsi inspiré par l'intérêt personnel de la femme, s'est trouvé par une heureuse coïncidence être pleinement conforme à la pensée maîtresse de notre législation actuelle ; augmenter notre population nationale ».

(1) V. CALBAIRAC. *Traité de la nationalité de la femme mariée.*

Mais on ne peut sérieusement contester que le mouvement féministe qui s'est manifesté avec une vigueur particulière depuis une dizaine d'années aux Etats-Unis et dans la plupart des pays européens ait contribué, lui aussi, dans une large mesure, à modifier l'esprit des lois sur la nationalité. M. Calbairac nous apprend que c'est sous l'influence de trois groupements féministes internationaux que la question de la nationalité de la femme mariée a pris une si grande importance. Ces groupements internationaux sont : le Conseil international des femmes, la Ligue internationale des femmes pour la Paix et la Liberté et enfin l'Alliance internationale pour le suffrage des femmes. Leur activité a été justement récompensée : la question de la nationalité de la femme mariée a été soumise à la Commission de la Société des Nations pour la codification du droit international.

En France, l'incapacité de la nationalité de la femme mariée a vu son champ d'application se limiter de plus en plus. La Suisse, l'Allemagne, l'Italie, l'Angleterre, les Etats-Unis ont reconnu à la femme mariée une entière capacité. La tendance est donc nettement établie à considérer la femme comme l'égale de son mari.

Cette tendance s'est traduite dans les législations par la liberté qui est reconnue à la femme, d'intervenir, au moment de la célébration du mariage

dans la détermination de sa nationalité — l'indépendance de la nationalité des époux étant maintenue à titre de principe. C'est ainsi que les Etats-Unis d'Amérique, par la loi du 22 septembre 1922, la République Russe par l'article 5 du règlement de 1924 incorporé au Code soviétique, la Turquie, le Guatémala et la République de Cuba établissent formellement l'indépendance du statut national de la femme mariée.

Ce principe se trouve formulé dans l'article 8 de la loi française du 10 août 1927 qui est rédigé en ces termes : « La femme étrangère qui épouse un Français n'acquiert la qualité de Française que sur sa demande expresse ou si, en conformité des dispositions de sa loi nationale, elle suit nécessairement la condition de son mari.

« La femme française qui épouse un étranger conserve la nationalité française à moins qu'elle ne déclare expressément vouloir acquérir, en conformité des dispositions de la loi nationale du mari, la nationalité de ce dernier ». Le texte est sans ambiguïté. La femme mariée, sauf volonté contraire expresse de sa part, ou fixation du ménage à l'étranger, conserve sa nationalité. Et même si le ménage se fixe à l'étranger, la femme ne perd la nationalité française que si la loi du mari lui accorde la nationalité maritale.

Le système de l'indépendance de nationalité des

époux est ainsi consacré. Les critiques ne lui ont pas été épargnées. On lui a reproché d'avoir méconnu, par exagération de nationalisme (1), le principe de l'unité de la famille et de l'autorité maritale qui est, dit-on, l'une des règles fondamentales de toute bonne législation sur la nationalité. Le reproche, certes, le plus sérieux qu'on puisse adresser à la loi du 10 août 1927 est d'avoir multiplié les cas de double nationalité. Il arrivera en effet que de par sa loi nationale la femme ne perdra pas sa nationalité en se mariant, alors que d'après la loi du mari elle acquerra automatiquement la nationalité de ce dernier. La femme italienne mariée à un Français par exemple sera à la fois Française en France et Italienne en Italie ; d'où une source abondante de conflits irréductibles de nationalités. Sans doute, on pourrait remédier à cela par des traités semblables à la convention franco-belge du 12 septembre 1928 promulguée le 24 août 1930. Mais une généralisation des conventions de cette sorte nous paraît bien improbable pour ne pas dire impossible en raison des problèmes d'ordre social économique et politique, que pose la réglementation de la nationalité.

De l'exposé des deux systèmes — système de l'unité de nationalité, système de l'indépendance

(1) Bosco. *Rivista di diritto internazionale*, 1927, p. 440.

de nationalité — il ressort que chaque système a ses avantages et aussi ses inconvénients. Tour à tour ils ont eu la faveur du législateur qui a minutieusement prévu dans chaque cas l'influence exercée par le mariage sur la nationalité. Actuellement l'indépendance de la nationalité de la femme a gagné à sa cause la plupart des législations modernes. Cependant certains pays demeurent encore fidèles au vieux système de l'unité de nationalité. De cette diversité naissent, avons-nous vu, des conflits de nationalités. Nombreux seront les cas de double nationalité et d'apatridie. Mais, ayant à sa disposition un texte législatif précis, le juge n'a pas à se soucier d'une *contrariété de législations*. Les critiques adressées à la législation au sujet de son texte sur la nationalité, viennent se briser contre l'application inéluctable, automatique en quelque sorte de la *lex fori* par le juge saisi. Cette loi lui indique quels sont les individus auxquels il faut reconnaître la qualité de citoyens, quels sont ceux au contraire qui ne ressortissent pas à l'allégeance de l'Etat au nom duquel il rend la justice. La tâche du juge consiste dès lors à appliquer purement et simplement le critère qui lui est fourni par la *lex fori*. Ainsi, la femme française, par exemple, mariée à un Italien sera considérée comme Française si le litige se produit en

France. Chaque Etat défend victorieusement son point de vue sur son territoire.

*
* *

Il est curieux de constater que le problème posé par l'influence du mariage sur la nationalité de la femme qui a, comme on l'a vu, passionné tous les législateurs a laissé le législateur tunisien absolument indifférent. D'ailleurs toute la détermination de la nationalité tunisienne tient dans les deux textes suivants :

1^o Loi du 26 avril 1861.

Article 92. — Tout Tunisien qui se sera expatrié, pour quelque motif que ce soit, qu'elle qu'ait été du reste la durée de son absence, qu'il se soit fait naturaliser à l'étranger ou non, redeviendra sujet tunisien, dès qu'il rentrera dans le royaume de Tunis.

2^o Loi du 19 juin 1914.

1^o Est Tunisien tout sujet résidant en Tunisie, qui ne jouit pas de la qualité de citoyen ou de sujet Français ou étranger en vertu des traités ou conventions liant le Gouvernement tunisien.

2^o Tout individu né en Tunisie d'un père tunisien, ou si le père est inconnu, d'une mère tunisienne, antérieurement ou postérieurement à la promulgation du présent décret et résidant en Tunisie ou à l'étranger.

Le décret de 1914 a été retouché et précisé par le décret du 8 novembre 1921 ainsi conçu : « Est Tunisien : à l'exception des citoyens sujets, ou ressortissants de la Puissance protectrice autres que nos sujets, tout individu né sur le territoire de Notre Royaume, de parents dont l'un y est né lui-même, sous réserve des dispositions des conventions ou traités liant le Gouvernement tunisien ».

Les conséquences juridiques que nous pouvons tirer de ces textes, nous les examinerons dans les chapitres suivants, lorsque nous serons amenés à chercher des solutions positives aux contrariétés de législations en matière de nationalité.

Mais à première vue il saute aux yeux qu'il n'est nullement question dans ces deux textes de la nationalité de la femme mariée. Ni le décret de 1861, ni celui de 1914 n'envisagent la perte ou l'acquisition de la nationalité tunisienne par le mariage. Une telle carence ne s'explique pas seulement par une indifférence ou une inadvertance législative. Les problèmes que pose la détermination de la nationalité touchent de trop près à l'existence d'un Etat. L'Etat selon la formule de M. le professeur Gidel, est « une nation vivant sur un territoire et soumise à une souveraineté ». Quelle serait l'existence de cette nation, si la définition des éléments qui la composent est soumise au gré des législations étrangères ? Son absorption, par

des Etats étrangers plus soucieux de leurs intérêts et désireux d'augmenter le nombre de leurs ressortissants, semble fatale. Il suffira, en effet, pour cela, que des étrangers dont la législation proclame le principe de l'unité de nationalité viennent contracter mariage en Tunisie. La femme tunisienne suivra faute de texte la retenant dans sa nationalité d'origine, la condition politique de son mari sans qu'on puisse avoir l'espoir — toujours faute de texte — d'obtenir en contre-partie que la femme étrangère mariée à un Tunisien devienne Tunisienne.

Tel est le danger qui menace l'Etat tunisien. Seules, des raisons graves, doivent avoir motivé l'abstention du législateur.

De ces raisons, trois nous sont apparues : les deux premières d'ordre sociologique, la troisième relevant du droit public : le concept de la nationalité tunisienne, la condition sociale de la femme en Tunisie et enfin la situation politique de la Tunisie à la suite des capitulations et de l'établissement du protectorat français. Nous exposerons ces causes, dans l'ordre que nous venons d'indiquer, parce que le plus conforme, croyons-nous, à la chronologie, étant bien entendu qu'il ne convient pas de donner à cette expression un sens rigoureux.

Si elles expliquent dans une certaine mesure le silence du législateur, elles nous feront aussi

comprendre l'attitude des tribunaux français en Tunisie. Car ce n'est pas seulement le législateur que la notion de nationalité tunisienne, la condition sociale de la femme en Tunisie, et la situation en droit public de la Tunisie ont influencé ; ces causes ont trouvé un écho sonore dans les jugements des tribunaux français en Tunisie. C'est là d'ailleurs un phénomène qui ne nous surprend pas. L'interposition du législateur eut modifié la situation à la manière d'un écran. Sa carence a permis aux causes que nous allons examiner d'avoir directement leur effet sur les tribunaux. Aussi nous sommes-nous trouvés dans l'obligation de déterminer l'influence de chaque cause non seulement sur le législateur mais aussi sur les tribunaux.

CHAPITRE II

CAUSES DE L'ABSENCE D'UNE DÉTERMINATION LÉGISLATIVE DE LA NATIONALITÉ DE LA FEMME MARIÉE

SECTION I. — La notion de nationalité en Tunisie.

On a pu écrire récemment dans un journal tunisien (1) : « Les Arabes n'ont pas de nationalité et pourtant ils sont nationalistes forcenés. Ils mettront sans doute beaucoup de temps pour dépasser l'idée de patrie parce qu'elle est toute nouvelle pour eux : il paraît que le mot n'existait pas dans leur langue : il serait d'importation récente : ce sont les Egyptiens modernes qui, pour les besoins de la politique ont été obligés de créer un néologisme ».

La notion de nationalité telle que nous la concevons dans notre droit moderne ne s'est en effet dégagée en Tunisie qu'au milieu du xix^e siècle. Cette nationalité, qui unit tous les individus d'un même peuple, en dehors de toute différence de

(1) *La Voix du Tunisien*.

race ou de religion et fixe les droits et les devoirs qu'ils ont entre eux et envers le Gouvernement de leur pays, se trouvait remplacée dans la doctrine islamique — en Tunisie comme dans tous les pays islamiques — par le lien de la confession religieuse.

Du x^e au xvn^e siècle, l'histoire politique de la Tunisie est placée sous le signe de la domination turque. La Sublime Porte désignait le Cheik-ul-Islam, chef religieux et politique auquel le Bey de Tunis lui-même devait les plus grands égards. Cette sujétion masquait entièrement la personnalité internationale de la Tunisie qui, politiquement, était une de ces petites patries musulmanes participant de la grande unité islamique. Jusque-là seule, la loi religieuse, la loi coranique consacrait en même temps que l'unité religieuse, l'unité politique et sociale. Cette loi indissolublement religieuse, civile et politique dont le Coran était la source principale s'appliquait sans distinction d'origine à tous les musulmans. Ignorants de la notion de nationalité, les musulmans divisaient les peuples en deux catégories : croyants et infidèles, le monde en deux parties : le Dar El Islam (pays ou domaine des musulmans) et le Dar El Harb (domaine hostile ou pays de guerre). Tous les musulmans quelle que soit la nationalité qui leur était attribuée par la loi civile de l'Etat où ils se

trouvaient, faisaient cependant partie du Dar El Islam. Quant aux infidèles, ils appartenaient au Dar El Harb. Les principes du droit islamique étaient donc fondés sur la religion. « D'après les principes fondamentaux de cette loi islamique, écrit M. le Professeur de Boeck, il n'y avait pas de domicile légal : la résidence valait domicile ». Il se créait une sujétion de l'individu musulman à l'Etat musulman dans lequel il se trouvait par le seul fait de sa résidence dans cet Etat, de même d'ailleurs que cette sujétion disparaissait avec le changement de résidence de cet individu (Coran, chap. IV, verset 62). Il n'y avait donc pas avant 1850 de nationalité tunisienne en Tunisie ; il y avait une allégeance islamique.

Mais au ^{xvii}^e siècle la souveraineté turque commença à peser. Il se produisit un mouvement très net en faveur de l'autonomie de l'Etat tunisien. Les puissances européennes l'encouragèrent. Le Gouvernement de la dynastie husseinite était alors assez puissant pour assumer les charges et exercer les droits et prérogatives d'un Etat sans le secours de la Sublime Porte. Dès lors tout lien de vassalité, toute attache même avec la Turquie devait se rompre à mesure que le ^{xvii}^e siècle achevait sa carrière. D'autre part, en 1850 déjà, de nombreuses familles israélites poussées par les difficultés de la vie dans leur pays d'origine

étaient venues chercher en Tunisie une situation plus clémentine et plus stable. Laborieuse et active la population israélite se fixa définitivement au sol tunisien. Elle devait fournir par la suite une élite intellectuelle appréciable et occuper une place importante dans la vie économique du pays.

Enfin le mouvement migratoire de l'Italie vers la Tunisie s'accroissait de plus en plus. Fertile et facilement accessible, la Tunisie se trouvait être le pays d'élection des émigrants italiens, à une époque où les moyens de communication transocéanique étaient insuffisants et aléatoires. Des Français aussi, mais dans une proportion beaucoup plus réduite, vinrent s'installer en Tunisie.

Non seulement ces Européens résidant en Tunisie n'avaient pas renoncé à leur nationalité d'origine, mais encore les Etats européens intervinrent auprès du Bey de Tunis en vue de protéger leurs nationaux et purent obtenir par des traités, appelés Capitulations, la compétence de la juridiction consulaire, exclusive de toute ingérence indigène, dans les litiges où un Européen était impliqué.

La nécessité de déterminer le lien juridique qui unissait les nombreux Israélites, résidant en Tunisie, au pays, l'immigration d'éléments étrangers, dont certains avaient une origine mal définie, les compétences juridictionnelles nouvelles que créaient les Capitulations, l'affirmation — hésitante

sans doute, mais manifestée par la conclusion de traités avec les puissances étrangères — d'une personnalité internationale, toutes ces circonstances ne devaient plus permettre de déterminer la nationalité tunisienne selon le critérium religieux.

C'est alors que Mohammed Bey donna à la Tunisie une Constitution libérale. Le pacte fondamental de 1857 fixa les bases d'une nationalité tunisienne : « Tous nos sujets musulmans et autres seront soumis aux règlements et usages dans le pays ». La constitution de 1861 reprend (art. 34) : « Les Tunisiens non musulmans qui changeront de religion continueront à être sujets Tunisiens et soumis à la juridiction du pays ». La nationalité a été ainsi sécularisée. La même constitution de 1861, bien que s'inspirant indiscutablement du principe de l'allégeance perpétuelle dans son article 92, s'exprime ainsi : « Tout Tunisien qui se sera expatrié pour quelques motifs que ce soit, qu'elle qu'ait été du reste la durée de son absence, qu'il se soit fait naturaliser à l'étranger ou non, redeviendra sujet tunisien dès qu'il rentrera dans le royaume de Tunis ». Enfin le traité du Bardo, dans son article 6, déclare que « les agents diplomatiques et consulaires de la France en pays étrangers, seront chargés de la protection des intérêts tunisiens et des nationaux de la Régence (1) ».

(1) On peut citer aussi l'article 2 du décret beylical du

L'existence d'une nationalité tunisienne était ainsi nettement affirmée. Et cependant plus de vingt ans après, le 26 novembre 1903, la Cour d'Alger jugeait, que le musulman marocain qui s'établit en Tunisie, y devient le sujet du Bey, avec cet attendu surprenant « les musulmans ne distinguant que les croyants et les infidèles ignorent les nationalités » (*Journal des Tribunaux français de Tunisie*, 1905, p. 40). Un jugement du tribunal de Tunis du 5 juin 1907 a même cru utile de réfuter une thèse soutenant que les Israélites ne pouvaient être qu'étrangers en Tunisie (1). « Attendu, déclare ce jugement, que c'est par erreur que l'on a cru pouvoir dire que la Tunisie étant un Etat musulman, c'est-à-dire soumis en tout et exclusivement au droit coranique, les Israélites ne peuvent y être que des étrangers, de telle sorte que s'ils ne possèdent

31 décembre 1889 sur la police administrative de la navigation « l'acte de nationalité est la pièce qui constate le droit du navire à battre pavillon tunisien et qui lui assure les avantages et la protection dus à la nationalité tunisienne ».

(1) En effet un jugement de la Cour d'Alger du 7 juin 1906 (*R. A. T.*, 1907, p. 128, 2^o) s'exprimait ainsi ; « Attendu que la loi civile de la Tunisie est celle de tous pays de l'Islam, qu'elle ne dispose que pour les croyants ; qu'elle laisse en dehors de la société qu'elle régit, les infidèles. Attendu que ceux-ci, c'est-à-dire les chrétiens et les Israélites, ne faisant pas partie de la société musulmane qui est exclusivement religieuse, ne peuvent jamais acquérir la nationalité du pays qu'ils habitent et où ils sont du reste seulement tolérés ».

pas une nationalité autre que la nationalité tunisienne, ils se trouvent ne pas en avoir du tout ; que cette théorie pêche par la base ; que la Tunisie d'avant le Protectorat français n'était pas un Etat soumis, exclusivement au droit coranique qu'à côté de ce droit il s'y était développé une législation séculière considérable qui avait produit l'institution d'un pouvoir judiciaire beylical placé près de la justice religieuse ; que c'est cet épanouissement de l'autorité du prince qui était l'essence même de l'Etat dans lequel les Israélites, dont les beys avaient libéralement respecté les mœurs, les croyances, la religion et le statut personnel occupaient comme sujets une place importante près des musulmans ; qu'ils sont traités de sujets tunisiens par l'article 2 du décret du 31 juillet 1884 ; que de nombreux décrets organisent leurs institutions charitables et leurs tribunaux spéciaux ; qu'en toute occasion le gouvernement fait acte de souveraineté à leur égard, les protège dans leurs intérêts, les appelle dans les conseils municipaux ; qu'ils participent à la vie publique de la Régence dans des conditions particulières parfaitement définies, et qu'il n'est pas douteux qu'ils possèdent une nationalité qui est la nationalité tunisienne » (V. *Journal des Tribunaux français en Tunisie*, 1907, p. 372). Le jugement comme on le voit est laborieusement motivé.

Tant il est vrai qu'à cette date encore le concept d'une nationalité tunisienne était confus dans les esprits. On était surtout frappé par ce fait que le musulman originaire d'un pays étranger et venu se fixer en Tunisie, n'était pas traité en Tunisie comme un étranger. Au point de vue juridictionnel, il était assimilé aux Tunisiens pour tout ce qui concerne son statut personnel ; jugé en matière civile et commerciale par les tribunaux indigènes, application lui était faite de la loi coranique. Turcs et Marocains musulmans étaient justiciables des tribunaux indigènes en Tunisie (*J. T.*, 1891, 301 ; 1909, 183 ; 1905, 40). Un jugement du tribunal civil de la Seine (*Revue de D. I. P.*, 1906, p. 197) a mis les choses au point en décrivant l'évolution qui s'est produite dans les pays orientaux. « Si autrefois, dit ce jugement, il n'existait pas de nationalités distinctes dans l'Islam, des modifications ont été, avec le temps, l'évolution des idées et la fréquence des rapports avec les pays occidentaux, apportés à l'ancienne législation musulmane : de petites patries musulmanes se désagrégeant de l'unité musulmane se sont formés dans la grande patrie, l'Islam ».

Cependant l'existence d'une nationalité tunisienne une fois reconnue, il eut fallu déterminer les conditions requises pour pouvoir se réclamer utilement de la qualité de sujet tunisien ; le décret

de 1861 omit de les indiquer ; d'où, confusions inextricables. A quel signe reconnaître un sujet tunisien. Comment le distinguer d'un étranger ? Ce n'est qu'en vertu d'une présomption que les tribunaux assimilaient les musulmans ou Israélites domiciliés ou résidant en Tunisie, quelle que soit leur origine, aux sujets tunisiens de naissance — cette présomption pouvant tomber du reste devant la preuve contraire (Trib. Tunis, J. T., 1896, 27 ; Trib. Tunis, 30 mai 1900 ; Clunet, 1902, 621, etc...). On se doute du nombre de procès qu'une telle indétermination devait faire naître. Le plus célèbre, celui des « Faux Maltais » émut enfin le législateur tunisien. La loi du 19 juin 1914, quoique bien imparfaite encore, vint déterminer la nationalité des indigènes en Tunisie.

La notion de nationalité tunisienne qui s'est dégagée si difficilement du droit coranique est donc relativement récente. Son origine et sa lente gestation n'expliquent-elles pas à elles seules les multiples imperfections de la législation tunisienne de la nationalité ?

SECTION II. — La condition sociale de la femme tunisienne.

Nous nous proposons d'examiner la condition sociale de la femme tunisienne en nous plaçant

dans cette période restreinte mais remarquablement édifiante qui commence avec la Constitution libérale de 1861 et aboutit au décret du 19 juin 1914, nouvelle manifestation de l'indifférence du législateur à l'égard de la femme.

Alors que la femme israélite a vu sa condition sociale s'améliorer à mesure que les rapports entre Européens et Indigènes se faisaient plus étroits, la femme musulmane, elle, a été jalousement soustraite à l'influence des mœurs européennes que le Protectorat français a introduites en Tunisie. Ces fortunes diverses nous obligent à diviser notre examen. Nous envisagerons d'abord le cas de la femme musulmane de beaucoup le plus curieux et qui illustre parfaitement notre explication de la carence législative. Nous indiquerons ensuite, en quelques mots, l'évolution de la condition sociale de la femme israélite.

§ 1^{er}. — *La femme musulmane.*

Quand on songe que les femmes de l'Arabie préislamique parcouraient les déserts, enchantaient les jeunes gens au retour de la victoire, chantaient en leur honneur les hymnes de la guerre(1), on ne laisse pas d'être extraordinairement surpris par le rythme accéléré de la décadence sociale de

(1) BOUSTARY. Traduction de l'*Illiad*e, pp. 317-748.

la femme musulmane. Et pourtant Mahomet fut pour la femme plein de sollicitude. Contredisant franchement les mœurs de son temps, il lui accorda un droit de succession, lui permit de se marier selon son gré, l'éleva enfin au degré de l'être conscient de ses droits.

Hélas ! ces quelques dispositions théoriques, toutes bienveillantes qu'elles fussent, ne devaient malheureusement pas être bien efficaces. La fausse interprétation du Coran due aux confréries et aux sectes religieuses allait faire rétrograder le peuple musulman jusqu'aux premiers âges de l'humanité. Les mœurs, la pratique tendaient vers l'amoindrissement des droits de la femme, vers le voile, vers la réclusion. Gazali qui a eu une très grande influence sur l'histoire intellectuelle de l'Islam, a tracé, au v^e siècle de l'Hégire le plan de conduite selon lequel la femme musulmane devait régler sa vie. Après avoir déclaré que le mariage devait être condamné pour des raisons à la fois mystiques et économiques, il ajoute : « La femme
« doit s'enfermer dans sa maison et ne point quit-
« ter son fuseau, elle ne doit pas trop monter au
« toit de sa maison ni se laisser voir, elle ne doit
« pas engager de fréquentes causeries avec ses
« voisins, et ne leur faire visite qu'à propos ; elle
« doit veiller sur son mari présent et absent, elle
« doit chercher le plaisir de son mari dans tout ce

« qu'elle fait, ne le trahir ni dans sa personne, ni
 « dans ses biens ; elle ne doit sortir de la maison
 « que sur sa permission, et une fois dehors, elle
 « doit être mise de manière à passer inaperçue ;
 « elle doit suivre uniquement les chemins les
 « moins fréquentés par les passants et prendre
 « bien garde de n'être pas reconnue (1) ».

N'est-il pas piquant de faire remarquer que les femmes tunisiennes, encore à l'heure actuelle, obéissent aux injonctions tyranniques de ce mystique du ^v^e siècle de l'Hégire. En effet les femmes musulmanes tunisiennes s'étiolent dans une vie secrète et chétive au fond de leur maison. Certes les temps sont changés où, ravalées au rang d'instrument de plaisir, elles constituaient une valeur marchande (2). Il n'en demeure pas moins vrai qu'en Tunisie, pratiquement, la jeune fille musulmane ignore jusqu'au soir de la célébration du mariage, le mari que lui a choisi son père ou son

(1) GAZALI THYA, t. II, p. 28.

(2) Il nous paraît édifiant à cet égard de rappeler cet arrêt de la Cour d'Appel de Brescia du 10 octobre 1883 (Sirey, 1886, 4, p. 1) qui s'exprime ainsi : « Il est facile de se représenter l'énorme différence qui sépare un Français, un Italien ou un sujet de toute autre nation civilisée pour lequel le mariage est une institution sacrée et le sujet d'un des Etats barbaresques dans lesquels la polygamie est admise et où la femme bien qu'elle porte le nom d'épouse, n'est que l'instrument de la concupiscence.

tuteur. Devenue femme elle peut même avoir à subir dans sa maison la présence de concubines, la polygamie étant autorisée par le Coran. Elle quitte rarement la demeure de son mari et lorsqu'elle sort, un voile la cache aux regards du monde. Reléguée dans le gynécée, elle ne peut administrer elle-même les biens qui lui échoient. Qu'elle recueille une succession, qu'elle soit tutrice d'enfants mineurs, qu'elle ait seulement des biens personnels et son ignorance absolue l'obligera à s'en remettre pour la gestion de ses biens à un mandataire plus ou moins honnête. Les spoliations de ce genre se sont multipliées en Tunisie.

Commentant un livre récemment paru, de M. T. Haddad « (Notre femme dans la religion et dans la société) *Tunis-socialiste*, écrit : « Elevée dans l'ignorance, éduquée par les préjugés et les superstitions, ne connaissant de ce monde que les dirés des vieilles commères, cultivant son esprit dans les légendes absurdes, la jeune fille musulmane croupit dans un état social lamentable. Arrive l'âge où elle est appelée à fonder un foyer, elle est vendue par son père à l'époux qu'il choisit et dont elle n'a jamais eu connaissance. Abus de la part du mari, ignorance du côté de la femme, amènent fatalement des discordes et une mésintelligence qui menacent d'ébranler le foyer. Sur cette question la volonté de l'homme est arbitraire, c'est à lui

seul de juger la nécessité du divorce. Contrainte de supporter sa déception, de partager le même lit avec celui qu'on lui a imposé, c'est une vie de misère que la femme doit endurer durant le reste de sa vie. Devenue mère, elle use naturellement des mêmes procédés qui ont constitué la trame de son enfance et de sa jeunesse et c'est le drame qui va se perpétuer dans l'indifférence de tous ».

Les mœurs arabes sont telles que les femmes musulmanes profondément ignorantes de la vie extérieure peuvent sans invraisemblance changer de nationalité à leur insu par leur mariage avec un indigène d'origine étrangère. Cette erreur aura d'autant plus l'occasion de se produire que la femme musulmane n'assiste généralement pas en personne au contrat de mariage : elle y est représentée par un tuteur (*ouali*).

Nous avons ainsi brossé un tableau rapide de la condition juridique et sociale de la femme musulmane en Tunisie. Condition peu enviable, certes, mais qui, est-ce goût, soumission ou habitude, ne semblait pas lui peser. L'établissement du Protectorat français en Tunisie n'a pas eu pour effet de modifier la situation de la femme musulmane. On a aussitôt compris en France qu'une ingérence dans la famille musulmane profondément attachée à ses traditions religieuses, n'était pas sans danger. Aussi le législateur « soucieux d'éviter aux

musulmans si susceptibles, tout froissement de nature à dégénérer en mécontentement à l'égard de la nation protectrice » (1), a-t-il réservé en un certain nombre de matières, l'application de la loi musulmane.

Et l'on s'explique dès lors que le législateur de 1914 ne se soit pas préoccupé de déterminer l'influence du mariage sur la nationalité d'une femme dont la condition sociale, elle-même, vouée par une tradition séculaire à la médiocrité, échappait à son administration bienveillante. Ne valait-il pas mieux en effet que cette loi à laquelle la femme devait sa condition sociale fût celle aussi qui fixe les effets de son mariage sur sa nationalité ?

§ 2. — *La femme israélite.*

La femme israélite a eu pendant les années qui précèdent le Protectorat une condition sociale qui rappelle par plus d'un côté celle de la femme musulmane. La France ayant maintenu aux Israélites tunisiens l'application de la loi mosaïque pour toutes les questions concernant leur statut personnel, la condition sociale de la femme israélite devait échapper, elle aussi, à l'influence du Protectorat Français. Il n'en fut rien. L'absence du voile et cette surprenante faculté d'assimilation qui est

(1) Cf. R. SCAMAMA. *Op. cit.*

l'apanage de la race juive, permirent à la femme israélite de fréquenter les milieux européens et de s'imposer bientôt au respect de l'homme. Mais les femmes israélites de Tunis ne procèdent certes pas de la graine dont on fait les féministes. Elles comparent volontiers leur condition à celle de leurs sœurs musulmanes. Aussi le législateur de 1914, rédigeant son texte sur la nationalité, ne pouvait-il pas davantage songer à elles qu'aux femmes musulmanes.

SECTION III. — De la situation de la Tunisie en Droit public.

La Tunisie doit aussi et peut-être surtout à sa situation politique créée par les Capitulations et par le fait de l'établissement du Protectorat français, la timidité, si l'on peut dire, de ses lois sur la nationalité.

Dans un pays qui posséderait sa pleine indépendance, son autonomie absolue, l'étude de la nationalité se bornerait au commentaire de la *lex fori*.

En effet dans un tel pays les conflits de nationalités sont réglés souverainement par la *lex fori*. Une personne peut être considérée par la loi étrangère comme le ressortissant d'un Etat étranger : si la question se pose en France, par exemple, il suffit que les règles du droit français sur la natio-

nalité française attribuée à cette personne la qualité de Français, cette personne sera Française pour le juge français. C'est ce qui a fait dire à M. le professeur Martin qu'il ne pouvait y avoir de conflits de loi de nationalité : on ne peut que constater une contrariété de législations (1). Mais tous les Etats ne peuvent prétendre à une attitude aussi détachée. Sans doute une loi qui détermine les rapports de nationalités par ce qu'elle est un instrument de défense et de sécurité nationale, doit, comme l'a écrit M. Dreyfus (dans *Clunet*, 1927, p. 928) « se préoccuper, avant tout, de l'intérêt de l'Etat légiférant pour déterminer les éléments constitutifs de la nation, sans avoir égard au système de tel pays voisin dont les besoins peuvent être radicalement différents, au point de vue démographique ». Mais un nationalisme aussi étroit, une telle indifférence à l'égard des législations étrangères, sont nécessairement subordonnés à une indépendance politique absolue. Un Etat aura d'autant plus de liberté dans la rédaction de ses lois sur la nationalité que sa souveraineté, c'est-à-dire son indépendance politique, sera mieux reconnue, mieux établie.

Sa situation en droit international public permettait-elle à l'Etat tunisien de légiférer ainsi, en toute indépendance ? C'est ce que nous nous proposons d'examiner.

I. — LA TUNISIE, PAYS DE CAPITULATIONS (1)

Dans les Echelles du Levant et de Barbarie (dont la Tunisie faisait partie), la plupart des gouvernements étrangers étaient parvenus à faire reconnaître et sanctionner le fonctionnement normal de leur juridiction nationale.

Presque tous les Etats européens s'étaient procurés par des traités une sorte d'exterritorialité qui permettait aux consuls d'exercer sans contestations sur leurs nationaux des pouvoirs juridictionnels fort étendus. C'est ainsi que les beys de Tunis avaient été amenés à signer des Capitulations avec la France (1604, 1665, 1742, 1830), la Grande-Bretagne (1875), l'Italie (1868), l'Autriche, l'Allemagne, etc. (2).

L'avantage le plus considérable que conféraient aux Etats européens les Capitulations étaient la substitution de la juridiction consulaire à la juridiction locale dans les litiges entre non-Tunisiens. L'article 21 du traité intervenu entre la France et la Tunisie le 25 novembre 1665 indique en ces termes cette substitution : « que pour ce qui regardera les différends que les sujets de Sa Majesté très chrétienne auront entre eux en leur particulier, ou avec

(1) V. FÉRAUD-GIRAUD. *De la juridiction française dans les Echelles du Levant.*

(2) V. A. ROUSSEAU. *Annales Tunisiennes.*

ceux de toute autre nation qui négociera sous la protection du consul des Français, ils ne seront tenus de les décider par devant autre que ledit consul auquel seul appartiendra la connaissance ». Selon l'expression de M. Berge « il y avait à Tunis autant de juridictions souveraines et indépendantes que de consuls ». Les Capitulations, du fait de cette concession si exorbitante, grevaient d'une lourde hypothèque la souveraineté territoriale de l'Etat tunisien. Le droit de rendre la justice n'est-il pas un des attributs les plus importants de la souveraineté ? Un jugement du tribunal de Tunis, du 15 janvier 1908 souligne en ces termes l'atteinte portée à la souveraineté beylicale par les Capitulations. « Attendu, dit ce jugement, qu'il n'est pas exact que la Tunisie ait été un Etat pleinement indépendant avant le traité du 12 mai 1881; que depuis très longtemps, au contraire, la Tunisie avait passé avec les puissances européennes de nombreuses conventions, connues sous le nom de Capitulations, qui avaient apporté à la souveraineté beylicale des limitations telles qu'elles y avaient soustrait d'une façon à peu près complète les Européens qui venaient se fixer dans la Régence ; que notamment ces conventions avaient donné aux puissances le droit d'établir en Tunisie des tribunaux chargés exclusivement de juger leurs nationaux ; attendu qu'il était résulté de cela

une diminution de la souveraineté beylicale et son remplacement par les souverainetés européennes en ce qui concerne le pouvoir judiciaire. » (*J. T.*, 1908, p. 284).

En signant les Capitulations les beys de Tunis cédaient sans aucun doute devant la force. Mais, comme le dit Flassan dans son *Traité de diplomatie*, les Capitulations s'expliquent parce que le statut personnel des Ottomans est resté religieux. Il est régi par la loi coranique, c'est-à-dire par une loi que son caractère rend absolument inapplicable à l'étranger. Les Capitulations se conçoivent fort bien pour qui connaît l'indifférence, le secret dédain même, des Mahométans pour tout ce qui n'est pas musulman, pour celui qu'ils appellent du nom générique de « roumi ». La loi de Mahomet pouvait-elle décemment s'appliquer à un infidèle ? Du point de vue musulman mieux valait renvoyer l'étranger devant sa juridiction nationale. Mais de ce fait l'Etat tunisien aliénait au profit des pays de chrétienté une large part de son indépendance. Le pouvoir législatif et les pouvoirs de juridiction et de police étaient abandonnés au consul de chaque nation sur ses propres nationaux.

L'Etat tunisien pouvait-il à ce moment décider que la femme étrangère, par son mariage avec un Tunisien, devenait Tunisienne ?

Le privilège de juridiction reconnu par les Capi-

tulations aux consuls, conféraient aux seuls consuls le droit de décider de la nationalité de cette femme. En effet, l'Etat tunisien en attribuant à la femme étrangère mariée à un Tunisien la nationalité tunisienne, aurait violé les conventions capitulaires puisque, en agissant ainsi, il aurait soustrait cette femme à la juridiction du consul compétent.

L'Etat tunisien pouvait-il davantage déclarer que la femme mariée à un étranger demeurait Tunisienne ? La question semble plus délicate, car si la compétence de la juridiction consulaire s'exerçait dans toute sa plénitude en ce qui regarde les contestations qui intéressent les étrangers de même nationalité ou de nationalité différente, les procès dans lesquels des sujets tunisiens étaient impliqués comme demandeur ou défendeur, étaient, eux, de la compétence des tribunaux locaux avec assistance du consul intéressé. A vrai dire si le problème se posa, il ne fut jamais résolu. En Turquie on s'était vite aperçu qu'en raison du pouvoir de juridiction des consuls sur les étrangers il se produisait en matière de nationalité des conflits insolubles. Aussi le pouvoir de statuer sur les questions de nationalité n'appartenait-il pas aux tribunaux. Ce pouvoir était réservé à un bureau spécial du Ministère des Affaires étrangères ; quand la décision de ce bureau n'était pas acceptée par l'ambassadeur de l'Etat intéressé le conflit se

résolvait par voie diplomatique (SALEM. *Revue de D. I. P.*, 1907, p. 25). Mais en Tunisie où cette procédure n'avait pas été prévue, il était facile au consul intéressé de prétendre si toutefois sa loi nationale l'édicte ainsi, que, par le fait même de son mariage avec le ressortissant du pays qu'il représentait, la femme tunisienne acquérait automatiquement la nationalité de son mari et échappait ainsi à la compétence de la juridiction locale. On a d'ailleurs même soutenu (1), que toutes les fois que dans une contestation civile ou commerciale un Européen jouait le rôle de défendeur, il fallait porter le différend devant son consul qui était en outre seul compétent pour exécuter la sentence rendue. On conçoit alors que la compétence du consul lui permettait d'appliquer sa loi nationale au mépris de la loi locale.

Ne doit-on pas reconnaître, en effet, qu'établir si un individu est un sujet local ou s'il est un sujet capitulaire, est une question de nationalité qui implique d'une façon directe ou indirecte une question de capitulation, car il s'agit toujours de voir si cet individu sera ou non couvert du privilège capitulaire.

Au surplus, les consuls des puissances européennes étaient souvent appelés à intervenir dans

(1) Voir ELIE FITOUSSI. *L'Etat tunisien*.

les actes du Gouvernement tunisien qui étaient de nature à porter atteinte aux privilèges et avantages accordés par les traités à leurs nationaux.

La détermination de la nationalité de la femme mariée en Tunisie appartenaient, par conséquent, dans la période antérieure au Protectorat français aux seuls consuls. Cela constituait-il un abus, une illégalité ? Nous ne le croyons pas. La juridiction est un des attributs les plus importants de la souveraineté ? C'est un vieux principe de droit international public, que chaque Etat a le droit exclusif de juridiction sur ceux qui sont domiciliés dans ses domaines, régnicoles ou étrangers. Ce n'est pas sans danger pour son indépendance qu'un Etat peut renoncer même partiellement au droit de rendre la justice. Les conventions capitulaires, par le privilège de juridiction accordé aux puissances européennes, par l'ingérence, qui s'ensuivit inévitablement, des agents diplomatiques dans les affaires tunisiennes constituèrent une sérieuse entrave aux initiatives du législateur tunisien dans le domaine de la nationalité, et mirent un boulet à l'indépendance politique de la Tunisie. L'établissement du Protectorat français devait réduire à néant la souveraineté extérieure de l'Etat tunisien.

2. — L'ÉTAT TUNISIEN ET LE PROTECTORAT FRANÇAIS.

Le traité du Bardo signé le 12 mai 1881, plaça la Tunisie sous le Protectorat de la France. Avant d'examiner l'influence exercée par l'établissement du Protectorat français sur l'indépendance politique de l'Etat tunisien, il convient de définir cette institution originale qu'est le Protectorat. Le Protectorat, écrit M. Despagne (*Essais sur les Protectorats*, p. 51) annulé est « le lien contractuel établi
« entre deux Etats, en vertu duquel l'un, tout en
« n'entendant tenir que de lui-même son existence
« comme puissance souveraine, cède à l'autre
« l'exercice de certains de ses droits de souverai-
« neté interne ou d'indépendance extérieure, à la
« charge par l'autre de le défendre contre les atta-
« ques internes ou externes auxquelles il pourrait
« être en butte et de l'aider dans le développement
« de ses institutions et la sauvegarde de ses inté-
« rêts ». De cette définition se dégage nettement le caractère synallagmatique de l'institution d'une part, et d'autre part, l'imprécision et la variabilité selon les actes qui lui ont donné naissance du régime politique appelé « protectorat ». Comme l'a écrit plaisamment un distingué publiciste tunisien (1) : « De même qu'il y a chat et chat, il y a pro-

(1) CAVÉ. *Sur les traces de Rods Balek*, 1929, édition du Comité de l'Afrique française.

ectorat et protectorat. Parmi les premiers les uns sont de gouttières et les autres d'Angora. Au sein des seconds, les nuances se diversifient à l'infini ». Pour juger de la situation de l'Etat tunisien, en droit public, créée par l'instauration du Protectorat, il faut donc nous reporter au traité du 12 mai 1881 complété par la convention passée à la Marsa le 8 juin 1883 :

Voici les articles les plus importants de ce traité :

ART. 2. — En vue de faciliter au gouvernement de la République française l'accomplissement des mesures qu'il doit prendre pour atteindre le but que se proposent les hautes parties contractantes, S. A. le bey de Tunis consent à ce que l'autorité militaire française fasse occuper les points qu'elle jugera nécessaire pour assurer le rétablissement de l'ordre et la sécurité des frontières et du littoral.

ART. 3. — Le Gouvernement de la République française prend l'engagement de prêter un constant appui à S. A. le Bey de Tunis, contre tout danger qui menacerait la personne ou la dynastie de Son Altesse, ou qui compromettrait la tranquillité de ses Etats.

ART. 5. — Le Gouvernement de la République française sera représenté auprès de S. A. le Bey de Tunis par un ministre-résident qui veillera à

l'exécution du présent acte et qui sera l'intermédiaire des rapports du Gouvernement français avec les autorités tunisiennes pour toutes affaires communes aux deux pays.

ART. 6. — Les agents diplomatiques et consulaires de la France en pays étrangers seront chargés de la protection des intérêts tunisiens et des nationaux de la Régence.

En retour S. A. le Bey de Tunis s'engage à ne conclure aucun acte ayant un caractère international sans en avoir donné connaissance au Gouvernement de la République française et sans s'être entendu préalablement avec lui.

Article premier de la convention de La Marsa. Afin de faciliter au Gouvernement français l'accomplissement de ce Protectorat, S. A. le Bey de Tunis s'engage à procéder aux réformes administratives, judiciaires et financières que le Gouvernement français jugera utiles.

Ces articles qui définissent le Protectorat français en Tunisie, nous indiquent dans quelle mesure l'exercice des droits de souveraineté appartenant à l'Etat tunisien est transmis à la France.

On peut dire que la souveraineté extérieure de l'Etat tunisien, c'est-à-dire le droit de légation actif et passif, le droit de conclure des traités avec les autres Etats, le droit de déclarer la guerre, etc..., s'est complètement effacée et a été remplacée par

celle de la France. Le traité, en effet, confie à la France, la mission de représenter le Gouvernement beylical auprès des Etats étrangers (1). Le Résident général est le ministre des Affaires étrangères du Bey et dirige en cette qualité toutes les relations extérieures de la Régence. Enfin le Bey ne peut conclure un traité qu'après s'être préalablement entendu avec le Gouvernement français ; quant aux négociations elles ne peuvent avoir lieu que par l'intermédiaire du ministre Résident général.

Cette substitution de la souveraineté française à la souveraineté de l'Etat tunisien dans la direction des relations extérieures, devait nécessairement entraîner l'ingérence du Gouvernement français dans l'administration intérieure de la Tunisie.

Nous ne retiendrons que l'influence exercée par le Protectorat sur le pouvoir législatif tunisien, le seul point de vue qui intéresse directement le sujet que nous traitons. En dehors des matières législatives dans lesquelles le Gouvernement français a, aux termes de l'article premier de la convention de La Marsa, le droit d'intervenir, voici dans quels cas le pouvoir législatif appartient pleinement à la France :

Toutes les questions relatives à l'exécution du traité du Protectorat.

(1) V. FITOUSSI (ELIE). *Op. cit.*

Les matières relatives aux Français et aux étrangers.

Dans les matières communes aux Français et étrangers et aux Tunisiens, c'est le Bey qui légifère mais sous le contrôle et avec l'approbation du Gouvernement français.

Nous avons essayé d'esquisser à grands traits le régime du Protectorat français en Tunisie. La France par son gouvernement des Affaires étrangères, par le pouvoir législatif qu'elle détient dans une très large mesure, par la présence en Tunisie d'une armée fortement organisée, par l'exercice du pouvoir juridictionnel dans tous les litiges où un non-Tunisien est impliqué, possède en Tunisie, tous les attributs de la souveraineté. Elle est en Tunisie avec tous ses organes.

Est-ce à dire que l'Etat tunisien est dépouillé de toute souveraineté ? On l'a prétendu. M. Winkler, dans une thèse remarquable (*Essai sur la Nationalité dans les Protectorats de Tunisie et du Maroc*) écrit : « Depuis les traités des 12 mai 1881 et 8 juin 1883 la souveraineté tunisienne n'est plus. Elle est devenue souveraineté française ». Il existe tout de même quelques différences entre l'annexion et le Protectorat ! Quelque habileté que l'on déploie pour interpréter les articles du traité du Bardo, on ne pourra jamais leur faire dire que la souveraineté de l'Etat tunisien est complètement

absorbée par la souveraineté française. Surtout en cette matière, les clauses doivent être interprétées restrictivement, et en faveur de l'Etat protégé.

Les droits qui n'ont pas été transmis expressément à la France sont intégralement retenus par le Bey. Et ce n'est pas quantité ni qualité négligeables. Il nous suffira d'indiquer qu'il appartient au Bey de signer les décrets et les traités — sans doute préparés par la France, mais n'est-ce pas là, la reconnaissance par le Gouvernement français de la souveraineté du Bey ! Dans le domaine de l'administration intérieure, la souveraineté beylicale éclipse, dissimule la souveraineté française. Ce que voyant, on a essayé de parler de mi-souveraineté. Mais c'est là une antinomie inacceptable : la souveraineté ne souffre pas de degrés.

L'explication juridique et basée sur les faits est qu'il existe en Tunisie deux souverainetés s'exerçant dans des domaines différents, ayant leurs organes distincts. Un arrêt de la Cour d'Alger en date du 21 novembre 1889 confirme ce point de vue en déclarant que la juridiction beylicale et les tribunaux français institués dans la Régence émanent de deux souverainetés distinctes et indépendantes. D'ailleurs, ainsi que l'écrit M. Louis Milliot (dans une préface à l'ouvrage de M. Aguesse : *Souveraineté et nationalité en Tunisie*) « Telle quelle la théorie n'a jamais, peut-on dire été

discutée. Apparemment confirmée par une pratique administrative et judiciaire maintenant cinquantenaire, elle représente une sorte d'orthodoxie du Protectorat, qui inspire de nombreuses publications où on la trouve invoquée à l'instar d'un dogme ». Et cette formule de Protectorat qui, selon M. Milliot, devrait maintenant être écartée parce qu'elle est « entachée d'insincérité initiale par une déformation voulue du rythme normal des institutions », nous paraît au contraire heureuse par son esprit libéral et consolidée, pour longtemps encore; par la force de résistance propre qu'ont acquise les institutions tunisiennes sous l'intelligente impulsion d'administrateurs français.

La coexistence des ces deux souverainetés française et beylicale les amène parfois à fusionner dans la pratique et à se prêter réciproquement leurs organismes propres : c'est là bien plus une collaboration qu'une rivalité (1).

*
* *

Cet aperçu rapide de la situation de la Tunisie, Etat protégé, nous permet maintenant de poser à nouveau la question que nous avons signalée lorsque nous avons examiné la situation de Tunisie,

(1) Nous exposerons la théorie de la coexistence des souverainetés française et tunisienne lorsque nous examinerons le rôle de curateur exercé par l'Etat français à l'égard de la Tunisie.

pays de Capitulations. L'Etat tunisien avait-il, par suite de l'établissement du Protectorat français, l'indépendance politique nécessaire pour légiférer selon ses propres vues, en matière de nationalité ? La négative s'impose aussitôt et s'explique aisément. La détermination législative de la nationalité et des cas de perte ou d'acquisition de cette nationalité, constitue la manifestation la plus hardie en même temps que la plus symptomatique de la souveraineté extérieure et intérieure. C'est en cette matière que le conflit de lois revêt le plus ouvertement l'aspect d'un conflit de souverainetés. Déclarer que telle personne sera considérée comme son ressortissant, au mépris de toute législation étrangère dont les dispositions à l'égard de cette personne sont opposées à cette attribution de nationalité, c'est de la part de l'Etat qui légifère ainsi, acte de souveraineté au suprême degré.

Telle ne pouvait pas être, évidemment, l'attitude de l'Etat tunisien dont la souveraineté extérieure, c'est-à-dire l'indépendance politique se trouve, nous l'avons vu, aux mains de la France. La seule chose qui fut permise à l'Etat tunisien était la détermination de la nationalité tunisienne par application du *jus sanguinis* ; car le Protectorat français n'a pas eu tout de même pour effet de priver les sujets de l'Etat tunisien de leur nationalité.

Le décret de 1914 indique cette détermination :

1° Est Tunisien tout sujet résidant en Tunisie qui ne jouit pas de la qualité de citoyen ou de sujet Français ou étranger en vertu des traités ou conventions liant le Gouvernement tunisien ;

2° Tout individu né en Tunisie d'un père tunisien ou, si le père est inconnu, d'une mère tunisienne, antérieurement ou postérieurement au présent décret et résidant en Tunisie ou à l'étranger.

Il n'est pas question dans ce texte de l'acquisition de la nationalité tunisienne par l'effet du mariage ou par voie de naturalisation. Tout conflit de nationalités a été sinon évité, du moins, ignoré.

C'était là, la seule attitude que sa situation en droit public permettait à l'Etat tunisien. Et pourtant le droit d'imposer la nationalité tunisienne *jure soli* que le décret de 1914 reconnaissait à la puissance beylicale, si restreint fût-il, parut encore à la France, susceptible d'une application dangereuse : « La France, devait veiller à ce que des familles de civilisation européenne ne fussent atteintes dans leur condition civile par la régularisation de leur nationalité (1). Aussi la loi du 20 décembre 1923 substitua-t-elle dans les cas où le *jus soli* prévu par le décret de 1914 devait prévaloir sur le *jus sanguinis* étranger, la nationalité française à la

(1) Rapport du projet de la loi du 20 décembre 1923.

nationalité tunisienne. Voilà un exemple frappant des limitations que l'instauration du Protectorat français a imposées en matière de nationalité à l'indépendance législative de l'Etat tunisien. Ces rapports entre pays protecteur et pays protégé n'ont rien qui puisse nous surprendre. La France a le droit absolu de conférer sa nationalité en Tunisie. « Dès l'instant qu'un Etat exerce dans le pays une puissance publique et que cette puissance publique est la plus forte, c'est lui qui a le droit de dire, ou que celui qui vient au monde lui appartient, ou qu'au contraire il laisse à d'autres le soin de régler sa nationalité. Dès l'instant donc qu'un individu naît dans le cadre de l'exercice de la puissance publique française, dès l'instant que cette puissance publique française est là présente par son armée, présente par ses juges d'une manière qui soit absolument sensible, présente même par son administration, ce qui rend ainsi sa présence encore plus visible et manifeste, la puissance française a le droit de dire des enfants qui viennent au monde sur ce territoire : « Cet enfant m'appartient » (1).

*
* *

Mais alors une réflexion vient nécessairement à l'esprit. Pourquoi la France, qui détient, on le

(1) DE LAPRADELLE. Plaidoirie devant la Cour permanente de justice, in *Revue de Droit intern. privé*, 1922-1923, n° 1.

sait, la souveraineté extérieure de la Tunisie, n'est-elle pas venue en aide à l'Etat tunisien dans les rapports de celui-ci, en matière de nationalité, avec les puissances européennes? L'Etat tunisien est sous la curatelle de la France. Que celle-ci l'assiste, et l'Etat tunisien pourra donner aux problèmes que pose la nationalité, les solutions législatives qui lui conviendront, sans se soucier des législations étrangères!

Ce droit, que nous avons contesté à l'Etat tunisien, appartient certainement à la France. Etat protecteur, seul appelé à connaître des intérêts de l'Etat protégé, et ne rencontrant sur ce territoire aucune volonté supérieure à lui-même, la France peut déterminer librement la nationalité en Tunisie.

Il semble que rien ne soit plus exact ni plus légitime. Hélas ! l'emprise du passé politique de la Tunisie, la nature même du Protectorat français, le désir de ménager les susceptibilités, ont rendu l'intervention de la France, en cette matière, fort délicate.

L'analyse des actes diplomatiques de 1881-1883 a stimulé la virtuosité des jurisconsultes.

Un traité, un fait juridique, et non pas une conquête brutale établit le Protectorat français en Tunisie. Et voici les conséquences que la doctrine française et le Département des Affaires étrangè-

res ont déduites, avec une logique parfois critiquable bien que rigoureuse, de l'origine du protectorat français :

1° L'Etat tunisien a conservé son individualité propre et sa personnalité est demeurée distincte de celle de la France. Le Bey de Tunis est maintenu comme possesseur du royaume de Tunis. La Tunisie quoique gouvernée et administrée à l'instar d'une colonie par la France est au regard de la France, pays étranger ; les lois françaises ne sont applicables en Tunisie que si elles sont promulguées par décret beylical. Les exemples abondent où la France elle-même considère la Tunisie comme terre étrangère. Cavé, dans un remarquable ouvrage intitulé : *Sur les traces de Rodd Balek*, en cite un grand nombre. Les voici pêle-mêle : la Tunisie ressortit non au Ministère des Colonies, mais au Ministère des Affaires étrangères. Il existe encore en Tunisie des consuls de France : ce sont les contrôleurs civils chargés de surveiller l'administration tunisienne qui font office de vice-consuls. Le Français est en Tunisie déserteur, décoré ou marié à l'étranger. Les tribunaux eux-mêmes, à diverses reprises ont considéré la Tunisie comme territoire étranger. Le tribunal de Tunis n'a-t-il pas rendu un jugement le 3 mars 1909, pour ne citer que celui-là, reconnaissant comme valable, non seulement l'union uniquement rabbinique d'un

Français, mais encore les stipulations matrimoniales insérées dans l'acte de ce mariage, contrairement aux prescriptions législatives françaises, qui confient la rédaction du contrat de mariage aux seuls notaires ?

Comment ne pas s'expliquer dès lors que la souveraineté de la France en Tunisie, ait été masquée pendant près de quarante ans, non seulement aux yeux du monde, mais au regard de la France elle-même. Une manifestation intempestive de souveraineté, après une telle éclipse, n'eût alors certes pas manqué de surprendre, et de soulever des difficultés diplomatiques.

2° Le traité du Bardo et l'instauration du Protectorat français n'ont pas eu pour effet de dénoncer les conventions passées entre la Tunisie et les pays étrangers avant l'établissement du Protectorat français en Tunisie, notamment les Capitulations. La question a fait cependant l'objet de controverses.

Ecartons d'abord, comme ne s'appliquant pas à la Tunisie la thèse de M. le Professeur Pic (*Revue générale de Droit international*, 1896, p. 623 « De l'influence de l'établissement d'un Protectorat sur les traités antérieurement conclus avec des Puissances tierces par l'Etat protégé »). M. Pic écrit : « Les Puissances tierces, par cela même qu'elles reconnaissent le Protectorat avec toutes ses consé-

quences, consentent *ipso facto*, sinon à l'abrogation immédiate, du moins à la dénonciation, dans un délai rapproché, de toutes les conventions antérieures ». Cela est peut être exact pour certains Protectorats. Mais nous avons dit qu'en cette matière il faut, de toute nécessité, se reporter aux traités. Or une clause du traité du Bardo est ainsi conçue : « Le Gouvernement de la République se porte garant de l'exécution des traités actuellement existants entre le Gouvernement de la Régence et les diverses Puissances européennes ».

D'autre part, l'attitude de la France, après l'établissement du Protectorat, souligne la justesse de notre réfutation. Si l'on soutient que l'occupation française de la Tunisie a créé un état de droit nouveau, il nous faut constater qu'il était inutile de négocier des traités avec les nations étrangères. La thèse de M. Pic consisterait à faire table rase, non seulement de tous les traités conclus par la Tunisie et les Puissances européennes, mais encore de tous les accords intervenus entre la France et les nations étrangères à l'occasion du Protectorat français en Tunisie. Nous ne pensons pas qu'une Cour d'arbitrage reconnaisse, le cas échéant, la validité d'une semblable théorie.

En réalité les choses se passèrent ainsi : quand la France eut établi son Protectorat sur la Tunisie, elle s'efforça naturellement, pour asseoir sa

domination, d'amener les Puissances à renoncer à leur privilège de juridiction résultant des Capitulations. Pour cela elle commença par substituer elle-même à sa juridiction consulaire une organisation judiciaire française dans l'espoir que les Puissances étrangères accepteraient, elles aussi, de soumettre leurs nationaux à cette juridiction. L'exposé des motifs de la loi du 27 mars 1883 organisant la juridiction française en Tunisie, indique cette intention : « Cette loi est une conséquence du Protectorat de la France sur la Régence de Tunis ; son but est d'établir dans la Régence, une juridiction française, destinée à remplacer la juridiction des consuls pour les Français et protégés français et d'étendre cette juridiction aux résidents étrangers au fur et à mesure de l'abandon de leurs Capitulations, qui, en les soustrayant à la juridiction territoriale, avaient pour effet de les faire juger par leurs consuls et suivant les lois de leurs pays (Chambre des députés, *Doc. parlem.*, mai 1883, p. 1317. Rapport de M. Antonin Dubost). Effectivement, les nations européennes renoncèrent à leurs Capitulations. L'Italie la première par le Protocole du 25 janvier 1884, l'Autriche-Hongrie, l'Allemagne ensuite, se sont désistées en faveur de la France du privilège de juridiction que leur conféraient les Capitulations. La renonciation de l'Autriche-Hongrie par l'accord du 20 juillet 1896 est

ainsi formulée : « L'Autriche-Hongrie déclare qu'elle renonce à invoquer en Tunisie le régime des Capitulations et qu'elle s'abstiendra d'y réclamer pour ses consuls et ses nationaux d'autres droits et privilèges que ceux qui leur sont acquis en France en vertu des traités existant entre l'Autriche-Hongrie et la France ». Mais, comme l'a fait observer dans un ouvrage d'une clarté et d'une logique remarquable, notre distingué confrère M^e Raymond Scemama (*Essai sur les conflits de lois en Tunisie*) « il ne faut pas croire que les Puissances aient ainsi accepté de renoncer à des privilèges si importants et si exorbitants au profit de la France sans conditions ni réserves. Elles n'ont consenti pareils sacrifices qu'à la suite de la promulgation de la loi du 27 mars 1883 portant création en Tunisie d'une juridiction française, et surtout parce qu'un décret beylical du 5 mai 1883 avait décidé que les nationaux des Puissances étrangères passeraient sous la juridiction française au cas de suppression de leurs tribunaux consulaires ».

Et du fait qu'il n'y a pas eu suppression mais délégation du pouvoir juridictionnel du consul à la juridiction française nouvelle, celle-ci doit se considérer, selon M^e R. Scemama, comme l'héritière des juridictions consulaires. Le tribunal français serait ainsi le substitué de la juridiction

consulaire dont l'exercice a été suspendu en faveur de la France par telle ou telle nation. Lors donc qu'un litige impliquant un ressortissant de cette nation se présente devant lui, le tribunal français devrait agir comme l'aurait fait la juridiction consulaire autrefois compétente. Le régime des Capitulations se survivrait à lui-même et les juges français seraient en quelque sorte, mandatés, pour accomplir leur œuvre de justice en Tunisie, par toutes les Puissances jadis bénéficiaires des privilèges capitulaires.

Cette thèse a été vivement combattue par certains publicistes à cause de l'atteinte grave qu'elle porte à la souveraineté française en Tunisie. Elle nous paraît cependant bien étayée juridiquement.

Examinons tout d'abord les textes : l'Italie n'a consenti qu'à suspendre et non à supprimer sa juridiction consulaire, et elle stipule dans l'article 2 du Protocole du 25 janvier 1884 (1) (lequel

(1) Les articles 1^{er} et 2 de ce protocole sont ainsi conçus :

Article premier. — Le Gouvernement du roi consent à suspendre en Tunisie l'exercice de la juridiction des tribunaux consulaires italiens. La juridiction exercée par ces tribunaux sera transférée aux tribunaux récemment institués en Tunisie dont S. A. le Bey a par un décret du 5 mai 1883 étendu la compétence aux Etats qui consentiraient à faire cesser de fonctionner leurs propres tribunaux dans la Régence. Article 2. — Sauf cette dérogation au régime actuel il est expressément convenu que tous les autres immunités, avantages et garanties assurés par les Capitulations resteront en vigueur.

n'a pas été expressément, ni implicitement croyons-nous, abrogé par les conventions de 1896) que sauf cette suspension tous les autres avantages, immunités, garanties, assurés par les Capitulations demeurent en vigueur. Les autres nations, qui ont purement et simplement renoncé aux Capitulations, ont, cependant, inséré, dans la convention de renonciation, la clause leur réservant le traitement de la nation la plus favorisée ; ayant adhéré par des traités de référence au Protocole franco-italien de 1884, elles se trouvent dès lors sur le même pied que l'Italie.

Les tribunaux français, eux-mêmes, se considèrent comme une juridiction *sui generis*, différente de la juridiction de la Métropole. Un éminent magistrat, qui a laissé un nom respecté en Tunisie, M. Berge, écrit : « La juridiction française paraît être un fragment de l'Administration française et non un rouage du Protectorat. Mais ce n'est là qu'une apparence, et, si, par ses origines la justice française se rattache d'une façon très intime au gouvernement métropolitain, elle n'en est pas moins une partie intégrante de ce régime particulier que le traité du Bardo a créé en Tunisie ». Les applications pratiques qu'a engendrées cette conception, sont innombrables. Citons seulement ce jugement du Tribunal de Tunis en date du 5 Juin 1907, tout à fait symptomatique du senti-

ment des juges français, au sujet des Capitulations. Appliquant l'article 14 du Code civil italien, lequel déclare que la femme italienne qui a perdu sa nationalité par son mariage avec un étranger, peut la recouvrer après son veuvage, si elle réside en Italie, par simple déclaration devant un Officier d'état civil, le tribunal civil de Tunis a décidé que cette femme italienne peut recouvrer sa nationalité sans quitter la Régence, par acte de volonté devant le consul d'Italie: « Attendu, dit ce jugement, que les Italiens de Tunisie, ancien pays de Capitulations où ils jouissaient et où ils jouissent encore d'un privilège de juridiction, ne peuvent être considérés au regard de l'article 14 de leur Code comme sortis du Royaume. Un jugement du tribunal de Tunis du 8 décembre 1920 reprend mot à mot les mêmes considérants. Nous n'insisterons pas davantage. Ajoutons seulement que la *substitution* de la juridiction française aux juridictions consulaires a entraîné une autre conséquence: la notion d'ordre public en Tunisie est une des plus floues, des plus tiraillées qui soient. C'est ainsi que les tribunaux français ont été appelés à reconnaître non seulement la légitimité de la polygamie chez les indigènes, l'exercice du Bitt El Mal organisation religieuse, héritière légale des successions vacantes, mais encore la validité de la séparation de corps par consentement mutuel entre

Italiens, toutes conceptions en opposition flagrante avec les dispositions d'ordre public français (1).

*
* *

Ces quelques considérations nous montrent, dans toute son étendue, la vanité des efforts faits par la France pour débarrasser l'Etat tunisien des empiètements dont souffrait son indépendance. Ayant organisé avec soin *l'imperium* et la *jurisdictio* que le Bey lui avait reconnus en Tunisie, elle s'attacha « à libérer des Capitulations sa jeune souveraineté et la vieille souveraineté husseinite ». Nous avons vu qu'elle parvint à obtenir des Puissances européennes la suppression de leurs juridictions consulaires. La France entreprit, alors, de constituer un Etat tunisien selon les formules modernes et de donner à cet Etat la personnalité internationale. Cette tâche libératrice devait hélas ! se heurter à un milieu rebelle à l'unification et plongé dans cette atmosphère levantine qu'entretiennent les persistances capitulaires. Au lieu de dissiper cette atmosphère, la France crut se trouver en pré-

(1) En Tunisie, les Musulmans et les Israélites quoique mariés à des Européennes conservent leur statut personnel dans son intégralité, bien que l'application des dispositions de ce statut porte atteinte à l'ordre public français. Israélites et musulmans peuvent contracter simultanément jusqu'à 4 unions légitimes alors que la loi pénale française fait un crime de la bigamie.

sence de droits acquis qu'il convenait de respecter et fit, en Tunisie, aux ressortissants des Puissances étrangères, une condition en tous points semblable à celle qui était reconnue aux citoyens français. Du même coup les Capitulations renaissaient de leurs cendres. Il n'est pour s'en convaincre que de lire ce jugement récent du tribunal de Tunis (2 août 1924, *J. I.*, 1925, p. 12) : « Attendu que les pouvoirs de juridiction qui étaient exercés par les consuls ont été abandonnés par les différentes nations au profit de la France et qu'ils ont été transmis aux tribunaux français qui les exercent à leur place ; qu'il en découle que la *lex loci*, au point de vue de la juridiction française exerçant les pouvoirs juridictionnels à elle transmis, *peut être la loi même de ces nations* ». Cette attitude de la jurisprudence française appuyée par la doctrine suscita un concert de louanges intéressées. Mais ces lauriers que l'on tressait au législateur et aux tribunaux français eurent bientôt fait de les paralyser. La conception d'une France, Etat protecteur de l'Etat tunisien s'affaiblissait de plus en plus. La France devenait, principalement, la protectrice des intérêts européens dans cette contrée tunisienne, sauvage et inculte. D'où inévitablement la formule : La Tunisie, pays étranger.

« Maintes difficultés, écrit Cavé, que rencontre notre marche nationale dans la Régence n'ont pas

d'autre cause fondamentale que ces conceptions erronées entretenues par les anomalies que nous avons signalées. De toute évidence, la Régence n'est pas pour la France une contrée étrangère, mais trop souvent on la regarde comme telle, ce qui incite beaucoup de personnes à le croire réellement. Et cela n'est pas sans conséquences graves sur l'esprit de nos compatriotes, et surtout des Européens non Français de la Régence, sur les sentiments des indigènes, sur les idées des Puissances étrangères elles-mêmes, et finalement sur les actes des uns et des autres. A force d'entendre dire que la Tunisie est un pays étranger, trop de Français s'imprègnent de cette fausse conception. Plusieurs s'y complaisent et quelques-uns s'y plongent avec une sorte de sadisme juridique ou politique. Le redressement ne peut venir que de la France... »

CONCLUSION

La carence d'un texte législatif, déterminant l'influence exercée par le mariage sur la nationalité tunisienne, nous avait, au premier abord, surpris. Mais nous avons vu, en cherchant les causes de cette lacune, que le concept de la nationalité, lui-même, demeura fort longtemps voilé en Tunisie, par suite des errements de la doctrine musulmane qui confondait nationalité et religion. Même lorsque la notion de la nationalité prit corps, la condition sociale de la femme tunisienne était si médiocre que l'idée ne vint pas au législateur d'envisager son cas au chapitre de la nationalité. Nous étant ensuite attachés à étudier la situation en droit public de la Tunisie, situation créée par les Capitulations et par l'établissement du Protectorat français, nous avons vu s'amonceler les obstacles à l'indépendance législative de la Tunisie, principalement dans le domaine de la nationalité, si étroitement dépendant, lui, de la souveraineté politique. Nous nous sommes même rendus compte que l'appui de la France dans un tel domaine n'allait pas sans

difficultés. Concept de la nationalité à peine naissant, condition servile, en quelque sorte, de la femme tunisienne, situation pupillaire de la Tunisie en droit public, telles sont donc les causes de la carence législative que nous déplorions ; mais ces causes n'ont pas seulement paralysé le législateur : par delà le législateur défaillant, elles ont exercé une emprise morale profonde sur les tribunaux eux-mêmes.

Nous pourrions mieux constater lorsque nous serons appelés à examiner les solutions de la jurisprudence que la notion imprécise de nationalité tunisienne, et la persistance fantomatique des Capitulations, en particulier, amenèrent les tribunaux français en Tunisie à adopter une attitude singulière eu égard aux principes de droit international privé en matière de nationalité.

Il nous faut, maintenant, envisager la carence législative en elle-même, c'est-à-dire, essayer d'obtenir des solutions pratiques aux problèmes que pose l'absence d'une détermination législative de l'influence exercée par le mariage sur la nationalité tunisienne.

DEUXIÈME PARTIE

INFLUENCE DU MARIAGE SUR LA NATIONALITÉ TUNISIENNE SELON LA LOI, SELON LA TRA- DITION CORANIQUE ET SELON LA JURISPRU- DENCE.

Le mariage, qui, nous l'avons vu, peut, d'après certaines législations, modifier la nationalité de la femme, exerce-t-il une influence sur la nationalité tunisienne. En d'autres termes, le mariage fait-il perdre à la femme tunisienne unie à un étranger sa nationalité d'origine ? Fait-il acquérir à la femme étrangère épousant un sujet tunisien, la nationalité tunisienne ? Tels sont les deux cas dont l'examen nous permettra de déterminer en l'état actuel de la législation, du droit coutumier religieux et de la jurisprudence, la nationalité de la femme mariée en Tunisie.

CHAPITRE PREMIER

LA NATIONALITÉ TUNISIENNE SE PERD-ELLE PAR LE FAIT DU MARIAGE ?

SECTION I. — La loi écrite.

Au regard de la loi tunisienne, la femme tunisienne qui épouse un étranger perd-elle ou non sa nationalité d'origine ? Nous savons déjà que le législateur tunisien n'a pas examiné le cas. Le décret du 19 juin 1914 se borne à déterminer la nationalité tunisienne selon le *jus sanguinis*.

1° Est Tunisien tout sujet résidant en Tunisie, qui ne jouit pas de la qualité de citoyen ou de sujet français ou étranger, en vertu des traités ou conventions liant le Gouvernement tunisien ;

2° Tout individu né en Tunisie d'un père tunisien ou si le père est inconnu d'une mère tunisienne.

Il ne se trouve rien dans ce texte qui puisse nous renseigner sur la nationalité de la femme tunisienne mariée à un étranger. Nous avons essayé d'expliquer les causes de cette carence. Peut-on maintenant interpréter le silence de la loi ? On a

tenté de le faire. On a prétendu que la loi ne se présumant pas, le silence du législateur prouvait son intention de conserver à la femme tunisienne sa nationalité. Cette interprétation nous semble difficilement admissible. Un conflit de lois suppose deux textes précis et contraires. Cela ne veut certes pas dire qu'au cas, où le droit en vigueur dans le pays où un procès s'engage, ne contient pas de règle positive de conflits de lois sur le point envisagé, le juge soit tenu d'appliquer la loi étrangère. Ce serait là une ineptie. Le juge, au contraire, reprend dans ce cas toute sa liberté. « Comme il
 « lui faut statuer, écrit M. le professeur Niboyet,
 « il crée lui-même le droit international privé
 « nécessaire, en vertu de la libre recherche qui lui
 « appartient. Et comme il n'est plus lié à cet égard
 « par un ordre de sa loi, il doit s'inspirer des
 « règles théoriques de solution des conflits telles
 « qu'elles découlent des principes généraux ».

Mais en matière de nationalité, suppléer à la carence législative est une tâche qui dépasse les pouvoirs des juges. Trop d'intérêts sont en jeu. Si l'interprète est audacieux, des difficultés diplomatiques ne manqueront pas de s'élever ; un Etat même en présence d'une législation étrangère catégorique reconnaît rarement une rupture d'allégeance qui n'est pas son fait, dont il n'est pas l'auteur volontaire : c'est là l'origine des cas de double

nationalité. A plus forte raison cet Etat ne consentira-t-il jamais à la perte de certains de ses ressortissants si la législation étrangère ne comporte pas de texte législatif, acte de souveraineté territoriale. Et ses revendications se feront plus impérieuses et plus pertinentes en Tunisie, pour des raisons de droit public, que nous avons déjà exposées.

Si, du point de vue politique, il est fort délicat, en matière de nationalité, d'établir un conflit de lois sur un argument de prétérition, il ne l'est pas moins du point de vue juridique. Voici un argument de prétérition dont s'est servi la Cour Mixte d'Alexandrie pour déterminer la nationalité d'une femme italienne mariée à un Ottoman et dont on apercevra aisément la fragilité : « Attendu, dit cet arrêt, que la règle que la femme suit la condition de son mari est aujourd'hui admise par les législations de tous les pays civilisés ; que c'est l'opinion favorable à la nationalité ottomane qui doit l'emporter, parce que la plus conforme à la règle générale sur la condition de la femme ». En cela la Cour ne se trompait pas. Le principe de l'unité de nationalité dans le mariage semblait si rationnel, et était observé par un si grand nombre de législations que les jurisconsultes composant l'Institut de Droit International l'avaient adopté à l'unanimité. Mais, à supposer que la Turquie se

soit abstenue de légiférer en matière de nationalité depuis 1869, quelle aurait été l'attitude de la Cour d'Alexandrie saisie du même cas, actuellement, alors que le principe de l'unité de nationalité a fait place dans les législations modernes au système de l'indépendance de nationalité des époux, et alors que la condition de la femme a tellement évolué. Employant le même argument, il lui faudrait déclarer que la femme étrangère mariée à un sujet Ottoman conserve sa nationalité d'origine ! On voit les erreurs que peut engendrer un argument d'analogie ou de prétérition suppléant à la carence législative dans les questions touchant la nationalité. Et l'on comprend dès lors que les tribunaux se soient montrés réfractaires à toute interprétation dans ce domaine.

La jurisprudence est même allée loin dans ce sens. On connaît le principe de réciprocité, d'une logique d'ailleurs superficielle, d'après lequel une législation qui adopte une attitude à l'égard de la femme nationale, maintient la même règle au sujet de la femme étrangère. C'est par application de ce principe que les articles 12 et 19 du Code civil français disposaient que prenaient la nationalité de leur mari et la femme nationale et la femme étrangère.

C'est encore par application du même principe que la loi du 10 août 1927 maintient dans leur

nationalité d'origine la femme française épousant un étranger et la femme étrangère épousant un Français. Malgré l'application constante et partant, la consécration de ce principe en France, les tribunaux français, en présence d'une législation n'ayant envisagé que l'hypothèse de la femme nationale mariée à un étranger, se sont refusés, devant le silence de cette législation, à déterminer la nationalité de la femme étrangère mariée à un national par l'application du principe de réciprocité « Attendu, dit cet arrêt de la Cour de cassation du 9 avril 1910 (Cassation civile, *Clunet* 1910, p. 1201), que si la loi de 1869 dispose que la femme ottomane suit la nationalité de son mari, on n'en saurait conclure par voie de réciprocité qu'il en est de même pour la femme étrangère qui s'unit à un Ottoman, un tel raisonnement ne pouvant suppléer au silence de la loi, quand il s'agit de l'acquisition et de la perte de la nationalité; la lacune ne peut être comblée que par une loi ».

A plus forte raison un argument d'analogie ou de prétérition ne peut-il être admis à propos d'un texte législatif, tel que la loi du 19 juin 1914, lequel n'envisage ni l'une ni l'autre hypothèse.

Mais il ne convient pas d'être absolu. Le silence du législateur ne saurait avoir pour effet d'aboutir à des solutions en discordance avec les principes élémentaires de droit international privé en

matière de nationalité. C'est ainsi que la carence législative bien que symptomatique de l'indifférence du législateur à l'égard de la femme tunisienne en particulier et de la nationalité tunisienne en général, ne peut pas être interprétée comme une dénationalisation nécessaire de la femme tunisienne, du seul fait de son mariage avec un étranger. La solution sera par conséquent aisée dans les cas où la législation nationale du mari n'impose pas à la femme étrangère l'acquisition de la nationalité maritale : tel est le principe posé par la loi américaine du 22 septembre 1922 laquelle n'envisage pas l'hypothèse d'une législation faisant perdre nécessairement à la femme sa nationalité d'origine, du fait de son mariage. La femme tunisienne mariée à un Américain conserve d'après la loi américaine la nationalité tunisienne. Le silence de la loi tunisienne n'en fait certes pas une *heimatlos*.

Dans cette hypothèse les législations ne se heurtent pas et dès lors une interprétation en l'absence d'un texte législatif est possible à condition qu'elle soit conforme à l'esprit des lois sur la nationalité : mais là s'arrête notre restriction. Dès que la loi étrangère exige une manifestation quelconque de la loi tunisienne, le conflit apparaît sans recours possible à une interprétation. Ainsi la loi française du 10 août 1927, pose le principe que la femme

étrangère mariée à un Français conserve sa nationalité d'origine. Et la loi ajoute que la femme étrangère acquiert la nationalité française si d'après sa loi nationale elle doit suivre nécessairement la condition de son mari.

Là, le silence de la loi tunisienne ne peut s'interpréter ni dans un sens ni dans l'autre. En effet, si la loi tunisienne ne dit nulle part que la femme tunisienne conserve sa nationalité d'origine, elle ne déclare pas davantage que la femme nationale doit nécessairement suivre la condition de son mari. Nous verrons d'ailleurs que la jurisprudence est constante sur ce point : « Attendu, dit un jugement du Tribunal de Tunis, qu'il n'existe dans le droit du pays aucune règle de laquelle on puisse induire que le mariage implique un changement de nationalité pour la femme » (Tunis, 10 juin 1908, *J. T. T.* 1908, p. 452). La femme tunisienne mariée à un Français conserve donc la nationalité tunisienne.

Enfin une interprétation quelconque de la carence législative est tout à fait à écarter lorsque la législation nationale du mari affirme le principe de l'unité de nationalité. La femme acquiert alors, faute de disposition législative, la nationalité de son mari : c'est le cas de l'article 14 du Code civil italien. En présence d'une telle législation il faut un texte précis, à défaut duquel le juge ne peut que

constater la carence législative et reconnaître la nationalité italienne à la femme tunisienne mariée à un Italien.

Cela nous conduit à orienter nos efforts vers une autre source de droit : la coutume. Peut-être y trouverons-nous un principe directeur susceptible de nous guider dans nos recherches ?

SECTION II. — Le Droit coutumier tunisien tiré des prescriptions religieuses.

Nous avons vu qu'en l'absence d'un texte législatif à opposer aux prétentions de la loi étrangère le juge ne pouvait se livrer en matière de nationalité à une interprétation de cette carence. Mais ce texte dont il a besoin et qu'il ne trouve pas dans le Code civil de son pays, le peut-il chercher dans les usages tirés du droit coutumier ? La coutume ne supplée-t-elle pas aux lacunes de la loi écrite : on a même dit qu'elle était la source immédiate du droit. La question qui pourrait paraître délicate dans les Etats civilisés, dont la législation a fait l'objet d'une préparation laborieuse, se résoud par l'affirmative dès qu'il s'agit de pays orientaux.

Il convient dans ces pays, bien plus que dans tous autres, de se reporter à la Coutume, lorsqu'on se trouve en présence d'une lacune législative. Le droit coutumier s'y est en effet formé par la cris-

tallisation des prescriptions religieuses. Et la coutume religieuse érigée en loi fondamentale de l'Etat est en vérité le droit commun. Les lois civiles positives (Canoun), elles, doivent leur promulgation aux seules nécessités de la vie économique moderne. « En Turquie, écrit M. R. Salem (Influence du mariage sur la nationalité de la femme en Turquie, Clunet, 1901, p. 245), les usages ont un caractère absolument obligatoire dans les relations que le Gouvernement ottoman entretient avec les Puissances étrangères et dans l'application des privilèges reconnus aux étrangers par les Capitulations. Aussi il est généralement admis qu'en Turquie, pour juger de la condition faite aux étrangers, il est nécessaire de se référer non seulement aux Capitulations et traités en vigueur, mais aussi aux usages qui ont servi à expliquer, à mieux définir et à étendre même les privilèges reconnus aux étrangers ». Bien mieux, la distinction du civil et du religieux, ainsi que l'écrit un auteur musulman réputé, Abou Bakr Abdessalam ben Chaaïb, cette distinction que consacrent les législations européennes est incompréhensible aux yeux des Musulmans. Le Droit « figh » est une partie de la religion « din » et la religion « din » n'est point autre chose que le Droit « figh ». Certains jurisconsultes ont même été jusqu'à croire que la Tunisie, étant un pays

musulman, se trouvait soumis exclusivement, avant le Protectorat, au droit coranique, alors qu'en réalité, auprès de la justice religieuse, s'était formée une législation séculière importante.

En pays musulman nous touchons donc là à une véritable source législative.

Mais le recours à la loi religieuse nous paraît légitime à un titre différent, tout particulier à la Tunisie. La France a maintenu en Tunisie la compétence des tribunaux religieux pour toutes les affaires concernant les successions et le statut personnel des Musulmans et Israélites tunisiens. L'article 2 du décret du 31 juillet 1884 indique cette compétence : « Néanmoins est expressément réservé aux Tribunaux religieux, le règlement des contestations relatives au statut personnel ou aux successions des sujets tunisiens musulmans ou israélites ». C'est en vertu de ce décret que fonctionnent le Tribunal du Charaa, et le Tribunal Rabbiniq. Les indigènes musulmans et israélites de Tunisie sont donc soumis, en ce qui concerne leur statut personnel, à la législation antérieure au Protectorat. C'est-à-dire qu'au regard de la France, en vertu d'une disposition expresse du décret de 1884, ces indigènes musulmans et israélites restent sous l'empire de leurs coutumes pour tout ce que la loi française par voie de décret s'est abstenue de régir et par suite de modifier.

En Tunisie, par conséquent, la loi du Charaa, c'est-à-dire la tradition juridique coranique, régit le statut personnel des musulmans, la loi de Moïse, celui des Israélites tunisiens. La nationalité d'un individu faisant partie de son statut personnel, il nous paraît légitime de chercher à déterminer la nationalité de la femme tunisienne mariée à un étranger d'après la loi du Charaa, si la femme est musulmane, d'après la loi du Talmud, si la femme est Israélite.

La loi du Charaa (1) qui a sa base essentiellement dans le Coran (paroles de Dieu) et la Sunna (interprétation du prophète), pose le principe de l'allégeance perpétuelle. L'individu ne peut se soustraire à l'allégeance de l'autorité qui détient la puissance publique sur le territoire. Le musulman doit se soumettre aux règles de droit public imposées par l'Etat musulman sur le territoire duquel il se trouve. Le Talmud adopte les mêmes dispositions (2). Appliquons en Tunisie le principe de l'allégeance perpétuelle. La nationalité tunisienne est indélébile, elle ne se perd pas. La femme tunisienne qui épouse un étranger,

(1) Les Turcs l'appellent loi du Chéri.

(2) Le Talmud prescrit aux Israélites de se conformer aux règles de droit public édictées par l'autorité qui détient la puissance publique sur le territoire où ils se trouvent. Nous ne parlerons donc plus que de la loi du Charaa.

demeure Tunisienne. Bien plus, la femme étrangère mariée à un Tunisien acquiert la nationalité tunisienne. A vrai dire, on ne trouve pas dans la loi du Charaa ces propositions aussi nettement formulées. Peut-être même, en cette matière les dispositions du Charaa visaient-elles originairement l'apostasie. Mais quoi qu'il en soit, et sans doute à cause de cette confusion que nous avons observée chez les peuples musulmans, des notions de religion et de nationalité, le principe de l'allégeance perpétuelle tiré de la loi du Charaa, devait s'imposer à la manière d'un postulat juridique et fournir une solution positive aux conflits de nationalités. N'en était-il pas ainsi en Turquie avant la loi de 1869. La femme Ottomane qui épousait alors un étranger conservait la nationalité ottomane. La jurisprudence du Chéri consacrant la règle de l'allégeance perpétuelle, le mariage était sans influence sur la nationalité. La Tunisie se trouve actuellement dans la même situation que la Turquie avant la loi de 1869 : pas de texte législatif civil mais règle de l'allégeance perpétuelle formulée par la loi du Charaa ainsi que par la loi mosaïque. Cette règle doit dès lors permettre aux tribunaux de déterminer la nationalité de la femme tunisienne mariée à un étranger. Appliquant la loi régissant le statut personnel de la femme, les tribunaux la maintiendront dans sa

nationalité d'origine, même si la législation du mari consacre le principe de l'unité de nationalité. Tel n'a pas été, disons-le tout de suite, l'avis des tribunaux français en Tunisie.

Et cette inobservance de la loi du Charaa, se reproduit dans la détermination de la nationalité de la femme étrangère, mariée à un Tunisien. Le refus par les Tribunaux d'appliquer dans les conflits de nationalités le principe de l'allégeance perpétuelle, constitue un fait grave qui demande des explications : nous l'examinerons après avoir étudié le cas de la femme étrangère mariée à un Tunisien. Pour le moment contentons-nous d'accuser le coup et d'indiquer sans les commenter les solutions de la jurisprudence : par leur ignorance aussi complète que systématique de la règle posée par la loi du Charaa, elles ne manqueront pas de surprendre et par suite de justifier, s'il en était besoin, l'importance de nos développements sur le principe de l'allégeance perpétuelle, et sur son inobservance en Tunisie.

SECTION III. — Les solutions de la jurisprudence.

Les Tribunaux Français en Tunisie déterminent la nationalité de la femme tunisienne mariée à un étranger d'après les dispositions de la législation nationale du mari.

Si cette législation admet le principe de l'unité de nationalité dans le mariage la femme tunisienne acquiert la nationalité de son mari. Tel était le cas de la législation française antérieure au 10 août 1927. En vertu de l'article 12 du Code civil français la femme tunisienne qui épousait un citoyen français devenait Française (V. entre autres Sousse, 15 février 1913, *J. T.* 1913, p. 83). Le système de l'unité de nationalité a été adopté par la législation italienne. L'article 9 du Code civil italien déclare que la femme étrangère qui épouse un sujet italien acquiert la nationalité italienne et la conserve même au cas où elle deviendrait veuve. Par suite la femme tunisienne mariée à un Italien devient Italienne (V. Sousse, 19 juillet 1909, *J. T.* 1911, p. 529).

Si, par contre, la législation nationale du mari pose le principe de l'indépendance de nationalité des époux la femme tunisienne conserve sa nationalité d'origine. Ainsi la femme tunisienne qui épouse actuellement un Français demeure Tunisienne.

Mais il convient de faire une place tout à fait exceptionnelle à une solution surprenante que nous fournit la jurisprudence des tribunaux de Tunis et d'Alger. La femme tunisienne qui épouse un indigène musulman algérien, donc sujet français, n'acquiert cependant pas la nationalité française. Pas plus, d'ailleurs, que la femme tuni-

sienne qui épouserait un indigène musulman, sujet colonial d'une puissance européenne ne passerait sous l'allégeance de cette puissance. Selon cette jurisprudence, un tel mariage n'est pas de nature à modifier la nationalité de la femme tunisienne. Voici les motifs de ce jugement : « Attendu que l'appelante, tunisienne d'origine, se prétend en droit dans un litige avec un indigène tunisien de s'adresser à la justice française sous prétexte qu'elle est mariée à un sujet français algérien dont elle aurait acquis par le mariage la nationalité. Mais attendu que le mariage sur lequel elle s'applique n'a pas modifié sa nationalité (Tribunal civil de Tunis, 23 juin 1909, *J. T.* 1910, p. 251) (1). Mais en dehors de l'hypothèse tout à fait particulière que nous venons de signaler une jurisprudence constante reconnaît à la législation nationale du mari le droit de déterminer la nationalité de la femme tunisienne.

(1) V. aussi Trib. civ. de Tunis, 29 mars 1905, *J. T.* 1905, p. 343.

CHAPITRE II

LA NATIONALITÉ TUNISIENNE S'ACQUIERT-ELLE PAR LE MARIAGE ?

SECTION I. — La loi écrite.

Au regard de la loi tunisienne, la femme étrangère qui épouse un sujet tunisien acquiert-elle conformément à la loi nationale de son mari, la nationalité de ce dernier ? Le décret du 19 juin 1914 est, avons-nous vu, muet sur ce point. Et les arguments de prétérition ne peuvent davantage nous aider dans ce cas que dans celui de la femme tunisienne épousant un étranger.

Est-ce à dire cependant, qu'en présence d'une législation faisant perdre sa nationalité d'origine à la femme nationale par le seul fait de son mariage avec un étranger, la loi tunisienne interdise à cette femme mariée à un sujet tunisien, l'acquisition de la nationalité tunisienne ? Plusieurs Etats font perdre à la femme nationale qui épouse un étranger sa nationalité sans tenir compte du fait de savoir si la nationalité étrangère lui est ou non acquise par le mariage. C'est le cas de l'Angleterre,

de la Hongrie, de l'Espagne, de l'Allemagne dont la loi Delbrück du 22 juillet 1913 déclare simplement : « La nationalité d'Etat se perd pour la femme allemande par mariage avec un étranger ». Feroons-nous de la femme allemande mariée à un sujet tunisien, une apatride ? Nous ne voyons aucune bonne raison pour refuser à la femme étrangère la nationalité tunisienne. Là encore, la solution est conforme à l'esprit des lois sur la nationalité.

Une hypothèse se présente maintenant à nous qui à première vue devrait, elle aussi, avoir pour solution l'acquisition de la nationalité tunisienne par la femme étrangère.

Il est des législations qui soumettent la dénationalisation de la femme du fait de son mariage à la condition supplémentaire de l'acquisition, par la femme, de la nationalité de son mari, d'après la loi de celui-ci. On peut citer parmi ces législations, la loi italienne du 13 juin 1912 (art. 10) qui fait perdre la nationalité d'origine à la femme italienne qui épouse un étranger, à condition que son mariage lui fasse acquérir la nationalité de son mari. La femme italienne mariée à un sujet tunisien acquiert-elle la nationalité tunisienne ? Le silence de la législation tunisienne ne peut pas s'interpréter comme le refus formel d'accueillir cette femme italienne. Cette opinion a été sou-

tenue par la Cour d'appel mixte d'Alexandrie (10 février 1910, Dalloz, 1912, 2^e partie, p.73) à propos de la législation ottomane qui, à cette époque, observait le même silence que la législation tunisienne au sujet de la nationalité de la femme étrangère épousant un national.

Cette Cour d'Appel avait à déterminer la nationalité d'une femme italienne mariée à un Ottoman. Cette femme soutenait que, malgré son mariage avec un Ottoman, elle avait conservé la nationalité italienne. « Attendu, dit l'arrêt, que le silence de la loi ottomane du 19 janvier 1869, au sujet de la condition de la femme étrangère qui épouse un Ottoman, a provoqué de vives controverses ; que, d'après les uns, la conséquence de ce silence est tout simplement que l'étrangère n'acquiert pas la nationalité ottomane et conserve sa propre nationalité ; que l'on remarque, en ce sens, qu'en raison de la haute importance de la nationalité ou sujétion qui consiste dans le lien qui attache l'individu à un Etat déterminé, les principes du droit international s'opposeraient à ce qu'on l'impose à quelqu'un en l'absence d'un texte formel : qu'on ajoute que la règle, édictée explicitement ou implicitement par la plupart des législations et qui s'impose logiquement, dit que pour qu'une femme perde sa nationalité d'origine par son mariage avec un étranger, il faut nécessaire-

ment que ce mariage lui confère la nationalité de son époux aux termes de la loi nationale de celui-ci : que divers auteurs ainsi que plusieurs décisions des Tribunaux, notamment en France et en Italie, ont refusé d'admettre la dénationalisation par mariage en l'absence d'une disposition formelle de la loi du mari. Mais attendu que le silence de la loi de 1869, ne saurait aucunement empêcher de considérer comme Ottomane l'étrangère qui a épousé un Ottoman ; ... que l'absence d'un texte formel dans la loi ottomane de 1869 ne constitue pas un argument probant et qu'il y a lieu de suppléer au silence de la loi par le raisonnement et l'esprit certain du législateur ; que cela montre, en même temps, l'erreur de tous ceux qui, dans la doctrine ou la jurisprudence ont posé comme condition de la dénationalisation de la Française ou de l'Italienne qui épouse un Ottoman, l'existence d'une disposition formelle de la loi ottomane, alors que la teneur de la loi de leur pays n'autorise pas une telle exigence puisqu'il suffit que le mariage confère à la femme la nationalité de son mari (art. 9, Code civil italien et art. 19 du Code civil français) ; ... qu'il résulte de tout ce qui précède que Lady Zohrab est devenue Ottomane par son mariage ; ... par ces motifs infirme le jugement dont est appel ». A vrai dire cet arrêt, pour étayer plus solidement sa solution,

s'entourait de diverses considérations qui touchaient plus particulièrement la Turquie. Mais nous pouvons retenir ceci : la loi italienne n'exige pas dans ses dispositions un texte formel pour la dénationalisation de la femme italienne mariée à un étranger ; en soumettant la dénationalisation de la femme à l'acquisition de la nationalité matrimoniale, elle a simplement voulu éviter que la femme se trouve dépourvue de toute nationalité. D'autre part, le silence de la loi tunisienne ne fait pas que l'acquisition de la nationalité de la femme tunisienne soit interdite à la femme étrangère épousant un sujet tunisien. Si en effet la loi tunisienne ne fait pas expressément acquérir la nationalité tunisienne à la femme étrangère qui épouse un Tunisien, on ne peut pas dire qu'elle la lui refuse. Dès lors la femme italienne épousant un Tunisien devrait acquérir la nationalité tunisienne. D'autant plus que telle était, semble-t-il, l'opinion des autorités italiennes de la Régence. En effet, dans un certificat de nationalité délivré le 15 février 1907, M. le Consul Général d'Italie, officier de l'Etat Civil italien s'exprimait ainsi : « Il est certifié que Mmc Attias, née à Tunis le 3 février 1887, laquelle, à la suite de son mariage avec le sieur René Azoulai, Tunisien, *avait perdu la nationalité italienne*, l'a recouvrée conformément à l'article 14 du Code

civil, étant devenue veuve et par le fait de l'acte reçu en ce Consulat, le 11 février 1907 ».

Les tribunaux français se sont refusés à suivre la thèse de la Cour Mixte d'Alexandrie. Ils ont estimé que dans le silence de la loi, les tribunaux français ne sauraient ni la compléter, ni en interpréter les termes, et qu'il serait dès lors « contraire aux principes de droit international, d'attribuer à un individu, la nationalité d'un pays qui ne la lui reconnaît pas expressément par ses lois constitutionnelles ». Le tribunal civil de Tunis a même écarté l'avis du Consulat d'Italie, ci-dessus reproduit, dans un jugement qui s'exprime ainsi : « S'il n'est pas étonnant que les avis diffèrent sur une question aussi difficile, il appartient à la juridiction française qui a hérité en Tunisie de tous les pouvoirs de la juridiction consulaire italienne de dire droit définitivement sur cette question de nationalité qui est soulevée en l'instance : qu'on ne saurait donc considérer le susdit certificat que comme un avis digne de la plus grande attention sans doute, mais nullement de nature à former obstacle à ce qu'une décision en sens contraire soit prise par le tribunal de céans ».

Nous estimions, nous trouvant en présence d'une législation qui n'exigeait pas un texte formel pour la dénationalisation de la femme d'une part, et de la loi tunisienne, d'autre part, qui, elle, ne

prohibe pas l'acquisition de la nationalité tunisienne, nous estimions qu'en pareil cas, un conflit de lois pouvait être évité. Les tribunaux français en Tunisie et dans la Métropole se sont opposés à toute interprétation. Cette attitude discutable, selon nous, dans l'hypothèse envisagée ci-dessus, nous paraît tout à fait légitime — à s'en tenir à l'examen particulier de la loi écrite —, lorsque la législation étrangère admet l'indépendance de la nationalité de la femme mariée.

Le principe de l'indépendance de nationalité des époux jouit d'une grande faveur auprès des législations modernes. Le mariage aux Etats-Unis en France, en Russie, etc..., est sans influence (du moins en principe) sur la nationalité de la femme. Celle-ci conserve sa nationalité d'origine.

Dans ce cas pour s'opposer à ce que la femme étrangère mariée à un Tunisien demeure étrangère, il faut nécessairement un texte législatif.

Le trouverons-nous dans le droit coutumier religieux?

SECTION II. — Le Droit coutumier tiré des prescriptions religieuses.

Nous avons vu que dans les pays Orientaux et tout particulièrement en Tunisie, le droit coutumier tiré des prescriptions religieuses, constitue

une source juridique à laquelle on peut légitimement se reporter, lorsque la loi civile ne contient pas de règle positive sur le point envisagé. Le Charaa, en matière de nationalité, pose le principe de l'allégeance perpétuelle dans tous les cas. Non seulement la femme nationale conserve sa nationalité d'origine mais encore la femme étrangère mariée à un musulman acquiert la nationalité de son mari. M. R. Salem, cite à ce sujet un texte coranique se trouvant dans le *Traité de jurisprudence musulmane* considéré comme le Code universel Musulman et connu sous le nom de *Multeca* (1). « Si une étrangère (harbie Mustemen) « dit ce texte, épouse un sujet Tributaire (Zemi) « elle s'engage à demeurer dans notre pays, et, « comme dépendante de son mari, elle devient « Tributaire ». « Dans la pratique, ajoute M. Salem (Clunet 1902, p. 84), la femme étrangère épousant un Ottoman a toujours été considérée comme Ottomane, et elle a été admise sans difficulté à succéder aux biens de ses enfants et de son mari sujets Ottomans : cette pratique est conforme à la loi du Chéri ».

Et M. Salem attaque les jugements des tribu-

(1) C'est la doctrine expliquée par Ibrahim Ibn Mohammed el Alabi en l'année 956 de l'Hégire dans l'ouvrage *Mouttequat El Outhour* rappelé par Tavril (*Etude sur la nationalité*, Le Caire, Delbourgo, 1912).

naux français qui, devant le silence de la loi turque de 1869 au sujet de la femme étrangère mariée à un Ottoman, se refusent à reconnaître la nationalité ottomane à cette femme. « La situation de la femme étrangère doit rester, dit-il, telle qu'elle était avant la loi de 1869 sur la nationalité et dans ce cas on ne peut lui contester la qualité de sujette ottomane. »

Si les tribunaux étrangers ne lui reconnaissaient pas cette qualité, on se trouverait en présence d'un cas de double nationalité. La tradition est en effet nettement établie, en pays musulman, que la femme étrangère mariée à un Musulman suit la condition politique de son mari, et acquiert sa nationalité. Un jugement de la Cour Mixte d'Alexandrie du 10 février 1910, déjà cité, établit, conformément à ce point de vue et malgré le silence de la loi turque de 1869, la nationalité ottomane de la femme italienne mariée à un Ottoman. M. le Professeur Larcher commentant cet arrêt dans la *Revue Algérienne* (1911, p. 124) estime que le silence conservé par la loi ottomane du 19 janvier 1869 ne pouvait être considéré comme impliquant l'abrogation de la règle *jusqu'alors suivie*. « Et, ajoute-t-il, c'est avec raison que cette façon de voir a été adoptée par le Gouvernement ottoman, dans une circulaire du 26 mars 1869 et par le Conseil d'Etat Ottoman dans un avis du

24 avril 1892. Si telle n'était pas la règle traditionnelle, il serait difficile d'admettre qu'une circulaire ou un avis du Conseil d'Etat, ait suffi pour établir une disposition nouvelle de cette nature. Ils viennent au contraire formuler et confirmer très exactement la règle musulmane ». *Mutatis mutandis*, la même règle devrait être appliquée en Tunisie. Aucun texte civil n'est venu modifier le principe de l'allégeance perpétuelle posé par la loi du Charaa. Les tribunaux devraient, par conséquent, reconnaître à la femme étrangère mariée à un sujet tunisien la nationalité tunisienne. Nous allons voir en examinant la jurisprudence qu'il n'en a pas été ainsi.

SECTION III. — Les solutions de la Jurisprudence.

Les tribunaux européens, ayant à déterminer la nationalité d'une femme européenne mariée à un Ottoman, se sont, presque tous, prononcés en faveur du maintien de la femme dans sa nationalité d'origine (V. C. cassation Turin, 29 avril 1871, *Giurisprudenza italiana*, 1871, p. 267 ; Tribunal consulaire d'Italie à Alexandrie le 7 septembre 1891, *Revue internationale de législation et de jurisprudence musulmanes*, 1895, p. 58). La question a été aussi résolue dans le même sens par les tribunaux métropolitains (V. Trib. consulaire de France à

Alexandrie, 4 juillet 1890 ; *Journal Clunet*, 1891, p. 601 ; Tribunal civil Aix, D. P. 94. 1. 12 ; Montpellier, 1895, *Journal Clunet*, 1895, p. 618 ; Tribunal civil de Marseille, 3 avril 1909, *Revue de Droit international privé*, 1909, p. 862, etc.).

A cette liste qui constitue une jurisprudence imposante, seul ou presque seul l'arrêt de la Cour d'Appel Mixte d'Alexandrie, que nous avons mentionné plus haut, apporte une note discordante (10 février 1910, 12. 2. 73). Longuement motivée, la nouvelle solution a suscité de vives réactions dans la doctrine. Cependant l'arrêtiste, notre éminent professeur, M. Donnedieu de Vabres, approuve cette solution et en donne les raisons suivantes : « Avant la promulgation de la loi du 19 janvier 1869 la matière était régie par la loi du Chéri, loi religieuse qui posait le principe de l'allégeance perpétuelle : la femme étrangère mariée à un Ottoman devenait Ottomane, mais, la femme ottomane qui épousait un étranger restait Ottomane. La loi du 19 janvier 1869 a eu pour but de rapprocher le droit international ottoman du droit des Etats européens ; mais sur tous les points négligés par cette loi, c'est à la loi du Chéri, encore en vigueur, qu'il convient de se reporter ». La loi de 1869 étant muette en ce qui concerne la femme étrangère mariée à un Ottoman, l'application de la loi

du Chéri s'impose : cette femme acquiert la nationalité ottomane.

Pourtant, deux ans après cet arrêt, le Tribunal mixte du Caire revint à la première opinion, en déclarant qu'une femme européenne, une Italienne en l'espèce, épousant un sujet Ottoman, conservait néanmoins sa nationalité d'origine. Mais appel fut interjeté contre sa décision et ce litige fut porté à nouveau devant la Cour d'Alexandrie qui confirma son jugement de 1910 (Trib. mixte du Caire, *Gaz. des Trib. mixtes*, 1911, p. 142 ; Cour d'Appel mixte, *Gaz. des Trib. mixtes*, 1912, p. 51). En Turquie et en Egypte la jurisprudence est, depuis, fixée dans ce sens (V. Trib. mixte d'Alex., 6 juin 1925 et 1926, p. 204).

L'arrêt de la Cour d'Alexandrie n'a pas eu, en France, l'influence qu'espéraient ses commentateurs (V. le même arrêt *in Rev. Algér. et Tunis.*, 1911. 2. 125). Les tribunaux métropolitains, chargés de déterminer la nationalité de la femme étrangère mariée à un Ottoman, se sont opposés à l'application de la loi du Chéri en l'absence d'un texte législatif. Bien qu'en 1912 le tribunal de Marseille refusant de suivre la jurisprudence française antérieure ait rendu un jugement dans le même sens que l'arrêt de 1910 (*Clunet*, 1913, p. 1292 et la note de M. Perroud, p. 1299), les tribunaux français statuant en cette matière, au cours des années

qui ont précédé la promulgation de la loi turque de 1928, ont tous déclaré que la femme d'un Ottoman ne prend pas la nationalité de celui-ci. V. notamment un jugement de la Cour de Montpellier du 7 juillet 1921 (*Gaz. du Palais*, 1925, p. 393).

Les tribunaux français en Tunisie ont tous observé scrupuleusement la jurisprudence des tribunaux métropolitains et ont écarté sans même le discuter le principe de l'allégeance perpétuelle posé par la loi du Charaa. Tel ce jugement du 14 avril 1908 (*Journal des Tribunaux de la Tunisie*, 1908, p. 586), qui pour reconnaître à la femme italienne mariée à un Tunisien la nationalité italienne, se contente de déclarer que l'appelant ne justifie d'aucune disposition législative tunisienne conférant à la femme la nationalité de son mari. Un jugement du Tribunal de Tunis (Tunis, 10 juin 1908, Berge, 1908, 452) déclare qu'il n'existe, dans le droit du pays, aucune règle de laquelle on puisse induire un changement de nationalité pour la femme. Le jugement du Tribunal de Tunis, en date du 5 juin 1907 envisage, lui, l'application éventuelle de la loi religieuse, mais constate aussi la carence de cette loi en matière de nationalité. « Attendu qu'il existe bien une nationalité tunisienne, mais qu'il n'en résulte pas nécessairement que soit l'Israélite, soit le Musulman tunisien confèrent leur

propre nationalité à la femme étrangère qu'ils épousent; qu'il ne faut pas oublier qu'ils ont conservé, l'un et l'autre, un statut personnel régi par la loi religieuse et que cette loi religieuse n'implique nullement la conversion forcée de l'étrangère qu'ils prennent en noces légitimes; que si le mariage, dans les lois européennes entraîne à peu près constamment l'acquisition par la femme de la nationalité de son mari, on chercherait en vain une règle analogue soit dans le droit coranique, soit dans la loi de Moïse. Le silence des lois musulmanes à ce sujet, a-t-on dit, n'a plus besoin de commentaires : les motifs en sont connus » (*J. T.* 1921, p. 387).

En un mot, les tribunaux français en Tunisie maintiennent dans tous les cas leur nationalité d'origine aux femmes étrangères mariées à des sujets tunisiens. D'après eux la nationalité tunisienne ne s'acquiert jamais par le mariage.

CHAPITRE III

DU PRINCIPE DE L'ALLÉGEANCE PERPÉTUELLE POSÉ PAR LA LOI DU CHARAA ET DE SON INOBSERVANCE PAR LES TRIBUNAUX EN TUNISIE

Nous avons indiqué les raisons qui nous ont déterminés à consacrer un chapitre spécial à l'étude critique de l'inobservance par les tribunaux français en Tunisie du principe de l'allégeance perpétuelle posé par la loi du Charaa.

L'examen de la jurisprudence nous a montré que, non seulement, celle-ci était réfractaire à l'application de la loi du Charaa, en matière de nationalité, mais encore qu'elle déniait l'existence même du principe de l'allégeance perpétuelle. Certains jugements enfin semblent nous indiquer que, ce principe existât-il, son application par des Tribunaux français en Tunisie n'eut pas été possible.

Cette jurisprudence a fait l'objet de vives critiques de la part de jurisconsultes éminents, spécialisés dans les questions musulmanes. M. le Pro-

(1) *Revue critique*, 1894, p. 354; Arminjon, *Etrangers protégés*; Salem, art. cité; Naquet, *Pandectes* 1908, IV, p. 189.

fesseur Morand, doyen de la Faculté d'Alger, M. le Professeur Larcher, se sont élevés contre l'inapplication systématique de la loi religieuse ! Aussi nous proposons-nous d'examiner tout d'abord le principe de l'allégeance perpétuelle, tel qu'il se trouve établi par la loi du Charaa, et de déterminer la mesure dans laquelle son application nous paraît légitime. Alors seulement nous pourrons porter un jugement sur l'attitude des tribunaux à cet égard.

SECTION I. — Raisons qui militent en faveur
de l'application du principe de l'allégeance perpétuelle.

a) *Les textes* — Tous les rites orthodoxes autorisent le musulman à épouser une femme non musulmane, pourvu qu'elle soit « Kitabia », que sa religion soit basée sur les Livres Sacrés, autrement dit, qu'elle soit chrétienne ou juive.

D'après Khelil (Trad. Perron, t. II, p. 505), le mariage ainsi conclu est une union légitime dont les effets ne diffèrent en aucune manière de ceux d'un mariage entre musulmans. La femme chrétienne ou juive a les mêmes droits que la femme musulmane, les mêmes égards lui sont dus. « Aucun texte, écrit M. Morand, n'autorise à penser qu'elle soit maintenue en marge de la communauté. Loin de là. Voici à ce sujet un verset du

Coran tout à fait édifiant. « Il vous est permis de prendre une femme parmi les filles honnêtes musulmanes ou issues de ceux qui ont reçu les Ecritures avant vous, à la condition toutefois de leur payer une dot et de passer avec elle un contrat de mariage régulier. Ce qui vous est défendu, c'est de faire de ces femmes des maîtresses ou concubines. . Celui qui transgressera ce commandement perdra le fruit de toutes ses bonnes actions et sera dans l'autre monde au nombre des malheureux (*Coran*, chapitre V, verset 7). De ce verset il apparaît que non seulement le *Coran* autorise le mariage d'un musulman avec une infidèle, mais qu'il ne veut y voir aucune différence avec l'union de musulmans entre eux.

Et il est ainsi, fait justice de certaines conceptions étroites qui ne voient dans les Etats musulmans que des communautés religieuses : On se plaît à dire que les infidèles, n'étant évidemment pas compris dans ces communautés, ne font pas partie de la nation et ne sont que tolérés sur le territoire. Par suite une étrangère non musulmane qui épouse un musulman resterait étrangère dans tous les pays de l'Islam (V. Sousse, 11 mai 1902, *Rev. Alg. et Tun.*, 1906. 2. 371).

Le verset du *Coran* relatif à cette hypothèse indique assez combien cette conclusion est hâtive.

L'examen des textes nous apprend au contraire,

que le mariage d'un musulman avec une étrangère emporte changement de la nationalité de celle-ci. Nous avons vu que, d'après le *Multecca*, la femme étrangère mariée à un sujet tributaire devenait tributaire. Le *Bedjet-al-Fetava*, ouvrage qui renferme des avis doctrinaux sur la législation et la jurisprudence musulmane, émet l'avis doctrinal suivant : « Si Hind, étrangère vient dans le pays de l'Islam sous la foi de la sûreté et si elle épouse un sujet tributaire, devient-elle tributaire ? Réponse : « oui » (Citations empruntées à l'ouvrage de MM. Padel et Steeg, *Législation foncière ottomane*, p. 55). Et M. Salem, qui relate ces citations, ajoute que ces auteurs ne laissent aucun doute sur la condition faite par le Chéri à la femme étrangère qui épouse un Ottoman. La règle traditionnelle en pays musulman est donc que la femme étrangère mariée à un musulman suit la condition politique de son mari et acquiert sa nationalité.

La condition de la femme musulmane mariée à un étranger, elle, ne fait pas de doute. Là encore il convient de se reporter à l'étude remarquable de M. Salem (Clunet, 1901, p. 938 et seq.) : suivant les règles du Charaa la femme musulmane qui épouse un étranger ne suit pas la nationalité du mari : elle conserve sa nationalité d'origine : elle doit demeurer fidèle au sang de son père et à la loi de celui-ci.

b) *Application pratique du principe de l'allégeance perpétuelle.* — En Turquie, non seulement on considérait la femme ottomane mariée à un étranger, comme ottomane, mais les Turcs revendiquaient comme sujets ottomans les enfants issus de mariages mixtes (V. l'ouvrage de M. Rey. *La Protection consulaire dans les Echelles du Levant*, p. 396). Les consuls européens et les fonctionnaires ottomans se disputant la juridiction de ces enfants, le Sultan avait interdit à ses sujettes de contracter de tels mariages sans sa permission.

Il n'y avait en Turquie avant 1869 aucune loi civile sur la nationalité. On obéissait alors aux règles du Chéri en tant qu'elles n'étaient pas modifiées par les Capitulations et les traités existants avec les Puissances étrangères. Le principe de l'allégeance perpétuelle, absolument conforme aux mœurs du pays, recevait en Turquie une application si constante, que, lorsque la loi de 1869 fut promulguée, certaines puissances (la Russie, l'Italie, la Hollande) tinrent à faire confirmer par voie diplomatique cette dérogation à la jurisprudence du Chéri.

En Tunisie la jurisprudence des tribunaux locaux, antérieure à l'instauration du Protectorat français, ne nous est malheureusement pas parvenue. Mais comme jusqu'en 1861, il n'y avait aucune loi civile sur la nationalité tunisienne, il

est probable qu'avant cette date en présence d'un mariage mixte on devait recourir pour déterminer la nationalité de la femme à la loi religieuse. *Mutatis mutandis*, la solution découlant de la même loi devait être en Tunisie ce qu'elle était en Turquie.

Nous avons vu, enfin, que les tribunaux français en Tunisie ont, eux-mêmes, appliqué le principe de l'allégeance perpétuelle posé par la loi du Charaa dans le cas où la femme tunisienne épousait un sujet français algérien. Ils ont décidé qu'un tel mariage ne modifiait pas la nationalité de la femme (*J. T.*, 1910, p. 252). *A fortiori*, la même solution s'impose lorsque la femme tunisienne épouse un sujet colonial italien ; celle-ci conserve par conséquent la nationalité tunisienne. C'est là une application si évidente du principe de l'allégeance perpétuelle que les tribunaux français adoptent une autre solution dès qu'il s'agit non pas d'une femme tunisienne, mais d'une femme européenne.

Le tribunal d'Alger a jugé que la femme européenne étrangère qui épouse un indigène musulman algérien devient française, perd son statut personnel étranger, et acquiert non pas le statut personnel musulman, mais le statut personnel français (Alger, 12 février 1903, *J. T.*, 1904, 430). Si donc il est admis, s'est-on dit, que l'Algérien peut conférer par son mariage la nationalité fran-

çaise à l'étrangère, pourquoi ne pas lui reconnaître le même pouvoir par son mariage, avec une Tunisienne ? La différence de solution, ne peut s'expliquer que par la soumission de la femme tunisienne à l'allégeance perpétuelle, soumission reconnue et consacrée par la jurisprudence des tribunaux français en Tunisie et en Algérie. C'est là, la seule raison juridiquement plausible. Nous irons même plus loin. La consécration du principe de l'allégeance perpétuelle par les tribunaux français de Tunisie et d'Algérie, dans le cas où c'est une femme tunisienne qui se marie avec un sujet musulman algérien, nous semble d'autant plus éclatante qu'elle est manifestement anti-juridique. Des tribunaux français, surtout en matière de nationalité ne pouvaient donner le pas à la loi tunisienne sur la loi française. Or un sujet musulman algérien n'est pas moins français pour cela. Et à ce titre, sous l'empire de l'ancien article 12 du Code civil, il conférait la nationalité française à sa femme. Les tribunaux français ont donc, dans l'hypothèse que nous avons envisagée, écarté la loi française pour appliquer le principe de l'allégeance perpétuelle. Solution irrationnelle, méconnaissant les principes élémentaires de droit international privé.

c) *Le principe de l'allégeance perpétuelle, et le droit séculier tunisien.* — Il est de toute évidence

que la constitution du 26 avril 1861 sans toutefois envisager le cas de la femme mariée pose, elle aussi, le principe de l'allégeance perpétuelle. L'article 92 de cette constitution déclare que « tout Tunisien qui se sera expatrié pour quelque motif que ce soit, quelle qu'ait été du reste la durée de son absence, qu'il se soit fait naturaliser ou non, redeviendra sujet tunisien dès qu'il reviendra en Tunisie ». Un sujet tunisien ne peut donc changer de nationalité, du moins en principe. Quels que soient les actes juridiques accomplis par cet individu à l'étranger au point de vue de son statut national, ces actes sont tenus pour inexistant du moment qu'il réintègre le territoire tunisien ; la Constitution de 1861 ignore volontairement la loi étrangère : l'éventualité d'un conflit de nationalités n'est même pas prise en considération.

Le principe de l'allégeance perpétuelle étant posé d'une manière aussi générale, on comprend dès lors que le législateur tunisien n'ait pas cru devoir consacrer un article particulier à la nationalité de la femme mariée. Pourquoi le mariage ferait-il perdre la nationalité tunisienne alors que la naturalisation étrangère, manifestation de volonté et de la part de la puissance étrangère et de la part de l'individu qui se soumet à celle-ci, demeure sans effet au regard de la loi tunisienne ? La femme tunisienne bien que mariée à un étranger

restera tunisienne comme tous les autres sujets de S. A. le Bey. Pour elle comme pour eux, la nationalité tunisienne est indélébile. La règle posée par la loi du Charaa se trouve nettement formulée dans la Constitution de 1861.

Mais alors la question se pose de savoir, si cette Constitution, et plus spécialement l'article 92 qu'elle contient, ont été abrogés par la suite. On s'aperçoit aussitôt de l'intérêt de cette question. Si le décret de 1861 est encore actuellement en vigueur, les tribunaux français en Tunisie doivent nécessairement l'appliquer. En effet, soumise au contrôle de l'autorité française, la loi tunisienne — et le décret de 1861 bien qu'antérieur au Protectorat, tout comme les décrets visés par le résident général — représente le mieux la souveraineté française. Et à ce titre les tribunaux doivent lui donner le pas sur les lois étrangères.

L'abrogation de l'article 92 de la Constitution de 1861 est une des questions les plus controversables. D'aucuns, se basant sur le décret présidentiel du 28 février 1899, lequel accorde dans certains cas aux sujets tunisiens la faculté de devenir Français par voie de naturalisation, estiment que l'article 92 se trouve de ce fait implicitement abrogé. MM. Thiaucourt et Gaudiani dans leur ouvrage : *La Tunisie* (p. 192) s'élèvent contre cette opinion. Le décret présidentiel, disent-ils, a été pro-

mulgué en Tunisie et a été publié au *Journal officiel tunisien*. Il a, par suite, force de loi dans la Régence, et le Bey a pu ainsi, sur ce point spécial, modifier régulièrement la Constitution de 1861. En outre, l'abrogation de la Constitution de 1861, ne pourrait résulter que d'un texte formel et explicite. Or nous constatons que non seulement son abrogation n'a pas eu lieu mais toutes ses stipulations sont encore en vigueur. C'est ainsi que les dispositions réglementant l'ordre de succession au trône, le rôle du Chef de l'Etat, la liste civile, conservent toute leur force. « Bien mieux, la condition des étrangers en Tunisie qui est également régie par ce texte a été confirmée par différents traités passés avec les puissances européennes postérieurement au décret qui a rapporté le Pacte fondamental. » L'article 92 de la Constitution de 1861 a donc survécu au décret présidentiel du 28 février 1899 et à l'instauration du Protectorat français en Tunisie.

Cet article a-t-il été implicitement abrogé par le décret du 19 juin 1914.

Nous avons vu qu'à la suite de fraudes en matière de naturalisation (affaire de Faux Maltais) un décret est intervenu fixant la détermination des sujets tunisiens. Il nous faut, pour juger de la survivance ou de l'abrogation de l'article 92 de la constitution de 1861, reprendre dans sa teneur

même le décret du 19 juin 1914 promulgué au *Journal Officiel Tunisien* du 20 juin 1914.

« Vu le décret du 26 avril 1861 (15 chaoual 1277) sur l'organisation politique de la Régence :

Article unique. Est Tunisien,

1° Tout individu résidant en Tunisie qui ne jouit pas de la qualité de citoyen ou de sujet français ou étranger en vertu des traités ou conventions liant le Gouvernement tunisien ;

2° Tout individu né en Tunisie ou à l'étranger d'un père tunisien, ou si le père est inconnu, d'une mère tunisienne, antérieurement ou postérieurement au présent décret et résidant en Tunisie ou à l'étranger.

Le décret du 19 juin 1914 rappelle dans son préambule la constitution de 1861 et n'indique nullement qu'il a l'intention de l'écarter. Non seulement il n'a pas cette intention mais il sanctionne, de nouveau, le principe de l'allégeance perpétuelle et confirme ainsi le décret du 26 avril 1861. Quelle que soit la date, quel que soit le lieu de leur naissance, quel que soit le point du globe où ils fixeront leur résidence, en Tunisie ou à l'étranger ; les fils de Tunisiens restent soumis, par une allégeance perpétuelle, à la souveraineté du Bey. Ils seront Tunisiens comme leur père, alors même que la loi du pays étranger, où ils seraient nés, statuerait autrement par une application rigou-

reuse du *jus soli*. L'empreinte de la nationalité qu'ils tiennent du *jus sanguinis* est ineffaçable. Le décret beylical du 26 avril 1861 ne paraît pas avoir contenu ou sous-entendu une doctrine différente sur le *jus sanguinis*. On retrouve dans le décret de 1914 l'ignorance systématique de la loi étrangère manifestée par le décret de 1861. On ne peut dès lors affirmer l'abrogation implicite de l'article 92 de la constitution de 1861 par le décret de 1914. Ce dernier ne fait que déterminer la qualité de Tunisien. Cette qualité une fois déterminée, le décret de 1861 comme celui de 1914 la colorent d'une manière indélébile. « Né en Tunisie ou à l'étranger d'un père Tunisien, dit le décret de 1914 et la Constitution de 1861 : « Tout Tunisien qui se sera expatrié redeviendra sujet Tunisien ».

On pourrait peut-être tirer argument de la disposition rétroactive que contient l'article 2 du décret de 1914. Le législateur a-t-il voulu laisser entendre que, d'après lui, il n'existait pas antérieurement au décret de 1914 de textes législatifs en matière de nationalité tunisienne. Nous ne le croyons pas. La disposition rétroactive du décret de 1914 ne vise que la détermination de la qualité de sujet tunisien, détermination qui avait été omise par la Constitution de 1861. Et dans un pays où l'origine des individus est facile à établir on conçoit aisément que le principe de l'allégeance

perpétuelle posé par l'article 92 de la Constitution de 1861, bien qu'impliquant la qualité de sujet tunisien chez la personne qu'il veut régir, ait pu se passer d'une détermination législative de cette qualité : la disposition rétroactive du décret de 1914 ne constitue donc pas une atteinte au principe posé par l'article 92 de la Constitution de 1861.

C'est si bien le principe de l'allégeance perpétuelle que l'on retrouve dans le décret de 1914 que M. Pierre Winkler déclare qu'il est à ce principe une seule exception : elle est faite en faveur de la France, nation protectrice. La France a seule le privilège de conférer la nationalité française à des indigènes tunisiens. Un Tunisien ne saurait valablement se faire naturaliser Belge par exemple. Cette naturalisation ne vaudrait pas au regard de la loi tunisienne. « Elle serait nulle, écrit M. Winkler, non seulement en Tunisie mais en France même. Le Tribunal de la Métropole qui verrait se présenter devant lui un sujet tunisien naturalisé belge devrait appliquer la loi tunisienne. La Constitution tunisienne de 1861 n'a pas cessé d'exister malgré l'établissement de notre Protectorat. La France a implicitement reconnu l'existence de cette charte, dont elle se sert pour assurer l'accès au trône de chaque nouveau Bey ».

D'ailleurs le Tribunal de Tunis confirme ce point de vue dans un jugement du 16 janvier 1916

(*J. T.* 1916, p. 85) : « La femme tunisienne qui épouse un Français acquiert la nationalité de son mari par application de l'article 12 du Code civil. *L'article 92 de la Constitution de 1869* et l'article 2 du décret beylical du 19 juin 1914 ne font pas obstacle à ladite application ». L'article 92 est donc encore en vigueur. Il cède sans doute devant l'application de la loi française. Doit-il céder aussi devant l'application de la législation étrangère. C'est ce que nous examinerons plus loin.

Nous avons ainsi montré que le droit séculier tunisien est nettement inspiré du principe de l'al-légeance perpétuelle posé par la loi du Charaa. L'article 92 de la Constitution de 1861 n'a été ni explicitement, ni implicitement abrogé par le décret du 19 juin 1914. L'aurait-il été, le décret de 1914 non seulement par sa méconnaissance volontaire de tout conflit de lois en matière de nationalité, mais par sa teneur même, accuse suffisamment son origine et révèle les intentions du législateur. La nationalité tunisienne ne se perd pas, du moins en principe. Elle se perd par la naturalisation française de l'indigène tunisien.

*
* *

Résumons maintenant les développements qui ont constitué le début de ce chapitre. Le recours à la loi religieuse du Charaa en l'absence d'un texte

législatif civil ne nous est point apparu comme une faculté mais comme un devoir qui s'impose au juge. En pays musulman, le véritable législateur, c'est la tradition juridique coranique. Et la France a reconnu ce principe puisqu'elle a maintenu aux indigènes tunisiens l'application de leur statut personnel défini par la loi du Charaa. Par conséquent, recourir à la loi religieuse faute d'un texte civil, ce n'est pas en l'occurrence faire œuvre d'interprétation : c'est au contraire faire appel à la source même du droit musulman. Cette loi du Charaa pose, nous l'avons vu, le principe de l'allégeance perpétuelle. Les textes que nous avons cités nous l'affirment, la doctrine française, elle-même, prescrit son application ; et la jurisprudence du Chéri, en Turquie, avant la loi de 1869, fut si constante qu'elle ne nous laisse aucun doute à ce sujet. Enfin le droit séculier tunisien contient deux textes relatifs à la nationalité tunisienne, indéniablement imprégnés du principe de l'allégeance perpétuelle.

SECTION II. — Etude critique des solutions jurisprudentielles.

Nous avons ainsi des connaissances suffisantes pour juger la jurisprudence des tribunaux français en Tunisie concernant la nationalité de la femme

dans les mariages mixtes. Nous nous placerons pour cela à deux points de vue. Nous discuterons d'abord l'attitude des tribunaux à l'égard de la femme tunisienne mariée à un étranger. Nous examinerons ensuite les solutions jurisprudentielles relatives à la nationalité de la femme étrangère mariée à un sujet tunisien.

a) *Etude critique de la jurisprudence relative à la nationalité de la femme tunisienne mariée à un étranger.* — Une jurisprudence constante fait acquérir à la femme tunisienne la nationalité de son mari lorsque la législation nationale du mari prévoit cette acquisition de nationalité

Ecartons tout d'abord comme étant indiscutable l'attitude observée par les tribunaux dans les conflits de nationalités où la loi française est susceptible d'être appliquée. L'attribution de la nationalité française, avant la promulgation de la loi du 10 août 1927, à la femme tunisienne mariée à un citoyen français, leur était dictée par les principes généraux de droit international privé.

Le caractère d'ordre public de l'application des lois sur la nationalité, suffisait, à lui seul, à justifier cette attribution. En matière de nationalité le juge ne peut appliquer que la loi de l'Etat au nom duquel il rend la justice (*lex fori*) à condition évidemment que cette loi ait un intérêt dans le conflit

qui est soumis à sa juridiction. Or c'est à des juges français qu'il appartient en Tunisie de donner une solution aux conflits de nationalités. Par conséquent dans tous les cas où, en cette matière, la législation française est appelée à intervenir, elle l'emporte nécessairement sur les législations étrangères et même sur la loi locale. Solution brutale mais qui dérive naturellement de l'exercice du droit de juridiction reconnu par la Tunisie à la France.

Et il nous faut souligner ici, puisqu'il s'agit d'un conflit entre la loi française et une disposition du statut personnel des indigènes tunisiens, la nature particulière de ce conflit, en nous plaçant cette fois en dehors du domaine de la nationalité qui, lui, est régi impérativement, nous l'avons vu, par la *lex fori*. Un conflit entre la loi française et le droit coutumier musulman n'est pas un conflit international de lois mais un conflit de lois de type colonial (1) M. Bartin nous indique la différence qui existe entre ces deux sortes de conflits : « Dans le conflit international de lois, écrit-il, les deux lois entre lesquelles s'élève le conflit sont des lois dont le titre et l'origine sont égaux, parce qu'elles correspondent l'une et l'autre à des Etats différents, à des Etats également indépendants, bref. à

(1) Bartin, *op. cit.*, p. 20.

des souverainetés différentes. Dans le conflit de type colonial, au contraire, c'est en vertu d'un acte de souveraineté de la France seule que la coutume musulmane a conservé, *parte in qua*, son empire sur des sujets français musulmans ; il n'y a donc plus entré la loi française et la coutume indigène cette égalité de titre que suppose le conflit international de lois » (1).

La loi du Charaa doit par conséquent s'incliner devant l'application de la loi française. Et la femme tunisienne qui épousait un Français avant le 10 août 1927 acquérait, en vertu de l'article 12 du Code civil français alors en vigueur, la nationalité française. Cette solution jurisprudentielle rapportée dans le *Journal des Tribunaux Tunisiens* (1909, p. 525) est juridiquement inattaquable.

Nous ne pensons pas qu'il en est de même des nombreux jugements qui reconnaissent à la femme tunisienne, mariée à un Italien, la nationalité italienne, par application de l'article 9 du Code civil

(1) Ce raisonnement quoique visant particulièrement l'Algérie s'applique tout aussi bien aux Pays de Protectorat. Il nous semble difficile de soutenir, ainsi que l'a fait M. R. Scémama (*op. cit.*, p. 37), que les conflits de lois s'élevant entre la loi française et la loi tunisienne sont des conflits internationaux. La France et la Tunisie ne sont certes pas des Etats également indépendants. *L'auctoritas* de la France indispensable à la promulgation d'un décret beylical n'est-elle pas, à elle seule, l'indice d'une hiérarchie législative ? Et le maintien du statut personnel des indigènes n'est-il pas dû au décret français du 31 juillet 1884 ?

italien. Certes la carence d'un texte législatif séculier, susceptible d'être opposé aux prétentions de la législation étrangère et d'établir nettement un conflit de nationalités, rend la solution fort délicate ! Mais il faut remarquer que dans un pays tel que la Tunisie où le maintien des différentes variétés de statut personnel rappelle le système de la personnalité des lois dans la Gaule Mérovingienne (1), l'absence d'un texte législatif laïque, s'appliquant indistinctement à tous les individus habitant sur le territoire équivaut à un renvoi aux dispositions du statut personnel de chacun. Il n'y a pas, entre la législation séculière de la Tunisie, à laquelle obéissent tous les sujets tunisiens sans distinction de confession, et les lois régissant respectivement le statut personnel des indigènes musulmans et celui des indigènes israélites, la différence qui existe entre le droit positif et le droit coutumier, de sorte que le recours à ces lois paraîtrait toujours être une faiblesse. La loi religieuse, répétons-le, constitue la base essentielle de la législation tunisienne.

La législation séculière, venue pour la compléter, ne doit son existence qu'aux nécessités de la vie économique moderne. Dès lors, en Tunisie, le

(1) V. Bartin, *op. cit.*, p. 20. En Tunisie les habitants sont régis par des lois et des coutumes différentes selon leur origine, leur race, leur religion.

juge français recourant, en l'absence d'un texte législatif séculier, aux dispositions du statut personnel de l'indigène dont il doit déterminer la nationalité, loin de faire œuvre d'interprétation, ne fait qu'observer les prescriptions de la législation tunisienne. Le décret du 31 juillet 1884, relatif au maintien du statut personnel des sujets tunisiens, lui en fait un devoir, et légitime, à lui seul, ce recours.

Mais, d'autre part, la loi régissant le statut personnel des individus n'est-elle pas celle qui est le plus naturellement qualifiée « pour mesurer la valeur de la volonté des personnes qui s'obligent et par conséquent la somme de protection qui leur est nécessaire » (1) ? Or le mariage suppose, au premier chef, un acte de volonté. Si ce mariage doit influencer sur la nationalité de la femme qui le contracte, on se doute des conséquences infinies et peut-être fâcheuses de son acte de volonté et, par suite, de la nécessité de la protéger contre ces conséquences. Le changement de nationalité, lui aussi, implique, dans les législations civilisées, une manifestation de volonté, — plus ou moins efficace, certes — de la part de l'individu. La nationalité doit être librement et volontairement acquise (2).

(1) Bartin, *op. cit.*, p. 176.

(2) V. *contra* Niboyet, *op. cit.*, n° 56, p. 73 et s.

Pour toutes ces raisons, évidemment dans la mesure où l'autorité qui détient la puissance publique sur le territoire ne s'y oppose pas, il convient de chercher dans la loi qui régit le statut personnel, non seulement les règles protectrices de la volonté, mais encore les dispositions relatives à l'influence du mariage sur la nationalité. En l'absence d'un acte de la puissance publique, promulgué dans la pleine indépendance de sa souveraineté et qui, pour cela, s'imposerait à tous les individus vivant sur le territoire, quelle loi, en effet, serait mieux qualifiée pour déterminer l'influence du mariage sur la nationalité de la femme ? Lors donc que la loi qui régit le statut personnel prévoit et détermine cette influence le juge a le devoir de s'y référer et de l'appliquer. Et cela, avec d'autant plus d'aisance que, dans l'hypothèse que nous envisageons, le principe de l'allégeance perpétuelle rejoint la conception française de la nationalité de la femme mariée.

Les tribunaux français en Tunisie n'ont pas cru devoir appliquer la loi du Charaa. Les juges qui ont compris la nécessité de s'y reporter n'ont trouvé dans cette loi aucune disposition relative à la nationalité de la femme mariée : « Attendu qu'en droit musulman comme en droit rabbinique il n'existe aucune règle concernant la nationalité de la femme mariée ». Nous avons pu constater à

quel point cette opinion était ignorante du principe de l'allégeance perpétuelle posé par la loi du Charaa, affirmé par des textes, observé par la jurisprudence du Chéri, remis en vigueur par la Turquie moderne et reflété par la législation séculière de la Tunisie.

Et on est alors en droit de se demander en vertu de quels principes le Tribunal de Tunis a maintenu sa nationalité d'origine à la femme tunisienne mariée à un sujet algérien français. Le motif de son jugement est d'un laconisme troublant : « Attendu que le mariage sur lequel la femme s'applique n'a pas modifié sa nationalité. » Que faut-il entendre par là ? Appliquons les méthodes enseignées par la logique, en raisonnant toujours sur la législation française antérieure au 10 août 1927. Changeons la nationalité de la femme mariée à un sujet algérien. Prenons une femme de nationalité italienne par exemple. Qu'elle épouse un musulman sujet algérien français, les tribunaux lui reconnaîtront la nationalité française (*J. T. T.* 1904. 430). C'est donc dans la nationalité de la femme que réside la cause de la divergence des solutions. La nationalité tunisienne ne se perd pas par le mariage avec un sujet colonial d'une puissance européenne, application correcte selon nous, du principe de l'allégeance perpétuelle par les tribunaux français en Tunisie.

Mais dans ce cas, pourquoi la femme tunisienne qui n'acquiert pas la nationalité italienne par son mariage avec un Tripolitain, sujet italien, deviendrait-elle Italienne si elle épousait un citoyen italien ? Existe-t-il dans les nations civilisées deux catégories de nationaux ? La position des tribunaux français est juridiquement insoutenable. Elle peut s'expliquer par une tendance de ces tribunaux à ne faire céder les dispositions du statut personnel de l'indigène que devant une loi, dont le titre et l'origine lui semblent supérieurs parce qu'émanant d'une puissance publique indépendante, et qui a acquis, d'après eux, des droits à l'application en Tunisie.

Autrement dit, les tribunaux français considèrent le conflit qui s'élève entre la loi nationale du mari, citoyen italien (laquelle confère la nationalité maritale à la femme) et les dispositions régissant le statut personnel de la femme tunisienne (lesquelles maintiennent à la femme sa nationalité d'origine) comme un conflit de type colonial auquel il convient évidemment de donner une solution en faveur de la loi dont l'origine est meilleure. Cette inégalité disparaît, au regard des tribunaux, dès que la femme tunisienne a pour mari un sujet colonial d'une puissance européenne. Dès lors le conflit ne s'élève pas entre la loi qui régit un citoyen et celle qui régit un sujet colonial. La

puissance européenne à laquelle le mari ressortit en la qualité de sujet colonial, n'ayant pas modifié le statut personnel de celui-ci, c'est entre deux dispositions du statut personnel que le conflit éclate. A égalité de titres et d'origines la loi territoriale reprend son empire. La femme tunisienne conserve la nationalité de son père.

Nous ne croyons pas devoir insister sur le caractère artificiel de ce dosage savant des titres, des origines et des degrés d'application des lois. On ne conçoit pas une loi sur la nationalité qui aurait plus ou moins efficacité selon qu'il s'agit d'un citoyen ou d'un sujet colonial. Le sujet musulman algérien est français, le sujet tripolitain est italien. A la vérité les tribunaux français en Tunisie ont essayé d'appliquer aux problèmes de la nationalité les méthodes employées en droit international privé pour résoudre les conflits de lois. Or la question de la nationalité est en dehors du droit international privé proprement dit. « Elle en diffère, écrit M. Bartin, non seulement par son objet qui touche à la constitution même de l'Etat, mais encore par la solution qu'on lui applique et qui est exclusive de toute intervention de la notion précise de conflit de lois. » En effet, en matière de nationalité, il n'est qu'une loi normalement compétente : la *lex fori*, la loi de l'Etat au nom duquel le juge saisi rend la justice. Cette loi ne peut s'ef-

facier territorialement devant une législation étrangère sans que cela constitue une atteinte inadmissible au principe de l'indépendance de l'Etat.

Or, quelle est, dans cet ordre d'idées, la situation actuelle de la Tunisie ? L'Etat Tunisien a aliéné son indépendance en faveur de la France par le seul fait qu'on a confié à des tribunaux français le soin de résoudre tous les litiges où un Européen est impliqué. En effet, reconnaître à un juge étranger au pays le droit de déterminer la nationalité sur son propre territoire, c'est, de la part d'un Etat, dissocier la *lex fori* et le *lex loci* pourtant si indissolublement liées dans les pays indépendants, et c'est aussi subordonner inévitablement l'application de la loi territoriale aux dispositions de la loi du juge saisi. Qu'un conflit s'élève entre la loi tunisienne et la loi française au sujet de la nationalité d'un individu, le juge saisi, le juge français, en l'occurrence, devra nécessairement appliquer, en vertu des principes que nous avons exposés, la *lex fori*, la loi de l'Etat au nom duquel il rend la justice, la loi française.

Mais il convient de souligner que cette prééminence de la *lex fori* sur la loi territoriale découle uniquement du droit de puissance publique et du droit de juridiction qui appartiennent à la France en Tunisie. Que ce droit de puissance publique, que ce droit de juridiction disparaissent, et la loi

territoriale reprend souverainement son empire. Tel est le cas des puissances européennes qui ont renoncé à leurs droits capitulaires en Tunisie. Lors donc que la législation d'une de ces puissances et la loi tunisienne se disputent la nationalité de la femme mariée, c'est la loi tunisienne — qu'elle se trouve exprimée dans la tradition juridique coranique ou dans la législation séculière — que les juges doivent appliquer.

La Tunisie est, nous l'avons vu, un Etat qui a conservé malgré l'établissement du Protectorat sa souveraineté et son autonomie législative (V. C. de cassation, 28 février 1930, *Gazette du Palais*, 5 mai 1930). Cet Etat détermine lui-même, avec une indépendance limitée seulement en faveur de la France, quels sont ses ressortissants et quels sont ceux qu'il ne considère pas comme tel. Il a le droit d'organiser une nationalité tunisienne. Le décret du 19 juin 1914 implique ce droit. Sa souveraineté territoriale est donc incontestée.

D'autre part, les tribunaux français en Tunisie ne participent en aucune manière de la nature des tribunaux internationaux. Ils sont tribunaux relevant de l'Etat protecteur de la Tunisie et à ce titre — dans les cas où la *lex fori* n'a pas à intervenir — la loi compétente pour eux, en matière de nationalité, ce ne peut être que la *lex loci*, la loi tunisienne celle aussi qui représente le mieux la souveraineté

française. Les tribunaux, trouvant dans le statut personnel de la femme tunisienne une disposition lui maintenant sa nationalité d'origine malgré son mariage avec un étranger, ne devraient pas passer outre à cette disposition et appliquer la loi nationale du mari.

C'est à des solutions de ce genre que la souveraineté italienne doit de n'avoir pas, si l'on peut dire, perdu pied en Tunisie puisqu'en matière de nationalité — partant, dans le cas où l'application de la loi territoriale est le plus intimement liée à l'exercice des droits attachés à la puissance publique —, on persiste à déterminer la nationalité de la femme tunisienne mariée à un Italien, d'après la loi italienne.

b) *Etude critique de la jurisprudence relative à la nationalité de la femme étrangère mariée à un sujet tunisien.* — Les tribunaux français en Tunisie déclarent invariablement que la nationalité tunisienne ne s'acquiert pas par le mariage : la femme étrangère mariée à un sujet de S. A. le Bey conserve sa nationalité d'origine. « Attendu qu'il n'existe dans le droit du pays aucune règle de laquelle on puisse induire que le mariage implique un changement de nationalité pour la femme ». Là encore, les tribunaux veulent ignorer le principe de l'allégeance perpétuelle posé par la loi du Cha-

raa. Nous pourrions reprendre les arguments qui nous ont servis dans l'hypothèse précédente à étayer notre opinion en faveur de l'application des dispositions du statut personnel relatives à la nationalité de la femme mariée. Mais ici, dans le cas qui nous occupe maintenant, toute argumentation, si importante qu'elle puisse être, viendrait se briser contre un principe de droit international privé que les tribunaux de Tunis n'ont pas dégagé en cette matière et qui pourtant aurait beaucoup mieux justifié le maintien de sa nationalité d'origine à la femme étrangère qu'une ignorance systématique de la loi du Charaa. Cet empêchement à l'acquisition de la nationalité tunisienne par le mariage, en vertu des dispositions du statut personnel des indigènes tunisiens, est provoqué par l'ordre public international. En effet, reconnaître à la femme étrangère mariée à un Tunisien, la nationalité tunisienne, c'est nécessairement modifier le statut personnel de cette femme, c'est lui faire acquérir selon la confession de son mari le statut personnel musulman ou le statut personnel israélite. Or le droit musulman et la loi de Moïse ont du mariage, du divorce et en général de la condition juridique et sociale de la femme, une conception aussi éloignée qu'il est possible des institutions et des idées que professent les pays civilisés à l'égard du foyer et de la famille. En

effet le Coran et le Talmud admettent la polygamie, abandonnent la dissolution des liens conjugaux à l'arbitraire du mari qui peut se séparer de sa femme par simple répudiation, asservissent la femme à son mari. Bien que la notion de l'ordre public international soit, en Tunisie, en raison de la diversité des législations applicables, beaucoup plus élastique qu'en France, les tribunaux français pouvaient-ils admettre que des femmes européennes soient livrées sans protection à une loi qui avilit la femme au point de consacrer la polygamie et la répudiation unilatérale ? La communauté juridique du Droit international privé des différents Etats (1) exige une analogie entre les lois et les institutions du droit privé ; les règles de droit international privé ne peuvent exister que dans la mesure où cette communauté se réalise. Aux confins de cette communauté, la théorie de l'ordre international public veille, prête à évincer la loi barbare. Aussi n'est-on pas surpris de voir la jurisprudence française se refuser énergiquement à reconnaître, en vertu des dispositions du statut personnel des indigènes tunisiens, la nationalité tunisienne à la femme étrangère qui épouse un sujet tunisien. L'application de la loi du Charaa, aurait eu pour effet de rendre la condition juridi-

(1) V. Martin, *Etudes de Droit International privé des dispositions d'ordre public*, p. 244. Paris, 1899.

que de la femme étrangère, dès lors justiciable des tribunaux indigènes, toujours incertaine et souvent intolérable.

Le maintien de sa nationalité d'origine à la femme étrangère épousant tunisien n'a pas semblé suffisant pour protéger cette femme. En effet le mari tunisien conserve le bénéfice de son statut personnel, statut qui admet, nous l'avons vu, la polygamie et la répudiation. Aussi, une circulaire datée du 3 décembre 1912 enjoint-elle aux officiers de l'état civil d'avertir la femme des dangers qu'elle court en épousant un Tunisien. Cette circulaire est ainsi conçue : « Les Municipalités sont parfois sollicitées de procéder au mariage d'Européens avec des Musulmans ou Israélites originaires de Tunisie ou d'Algérie et non naturalisés

« L'intervention de l'officier de l'état civil ne pouvant modifier le statut personnel de ces indigènes, il en résulte que les Européennes ne trouvent pas dans le mariage ainsi célébré les garanties de leur propre législation, puisque leurs époux conservent un statut qui comporte la polygamie, la répudiation, etc.

« Vous voudrez donc bien, toutes les fois que vous serez saisi d'une demande de célébration de mariage entre Musulmans ou Israélites tunisiens ou Algériens non naturalisés, d'une part et Françaises ou Européennes, d'autre part, en référer au

Secrétariat Général qui vous donnera, selon le cas, les instructions nécessaires. (Signé) : Roy ».

Tant que les dispositions du statut personnel des indigènes tunisiens relatives au mariage, au divorce et à la condition de la femme ne se seront pas modernisées, l'acquisition de la nationalité tunisienne par le mariage se heurtera inexorablement, on le voit, à la théorie de l'ordre public international.

CHAPITRE IV

DES CONSÉQUENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES DE LA DÉTERMINATION ACTUELLE

L'étude de ces conséquences n'entre pas dans le cadre de notre sujet. Mais elles sont trop graves pour que nous puissions les passer sous silence. Aussi, leur examen s'impose à nous, succinct sans doute, mais édifiant.

La détermination actuelle de la nationalité de la femme mariée en Tunisie porte le plus sérieux préjudice à la condition de la femme, à la constitution et à l'indépendance de l'Etat tunisien et aussi à la prépondérance politique de la France en Tunisie.

A une époque où les législations civilisées manifestent une tendance très nette à établir l'indépendance de la femme mariée, non seulement on ne reconnaît pas, en Tunisie, à la femme tunisienne, le droit d'opter selon son attachement et selon ses goûts, mais on subordonne sa nationalité aux dispositions discrétionnaires de la législation nationale de son mari. Cette législation adopte-

t-elle le système de l'unité de nationalité, on attribue à la femme tunisienne une nationalité à laquelle ne répondent peut-être pas ses sentiments : il faut que cette femme change de nationalité, alors même qu'elle demeure très attachée à sa patrie d'origine. Et, si d'autre part, selon cette législation le mariage est indissoluble, la femme tunisienne, qui a contracté un mariage malheureux, a engagé toute son existence sans que sa volonté ait eu l'occasion de se manifester (1). La législation du mari consacre-t-elle, au contraire, le principe de l'indépendance de nationalité des époux, la femme tunisienne demeure rivée à un statut personnel qui l'accable. En effet, que la femme tunisienne épouse un citoyen français les tribunaux appliqueront la loi du 10 août 1927, elle demeurera tunisienne ; qu'elle épouse un citoyen italien, elle deviendra italienne, en vertu de l'article 9 du Code civil italien. Dans tous ces cas on ne lui demande pas son avis. Et pourtant combien l'intervention de sa volonté eût pu être utile, en cette matière, à la femme tunisienne ! La simultanéité d'application du système de l'unité de nationalité dans le mariage et du principe de l'indépendance de nationalité des époux indique assez, à quel point, le souci de protéger la femme et le foyer est étranger à la déter-

(1) Cf. la critique de la théorie de la volonté présumée par M. Calbairac, *op. cit.*

mination actuelle de la nationalité de la femme tunisienne mariée à un étranger. Et il ne faudrait point croire que les femmes étrangères mariées à des Tunisiens aient toutes à se féliciter de l'état actuel des choses (1). Celles qui ressortissaient à un Etat, dont la législation fait perdre à la femme sa nationalité du seul fait de son mariage avec un étranger, sont livrées, au sujet de leur nationalité, à une incertitude funeste. Sont-elles devenues apatrides en épousant un Tunisien ? Quelle loi régit leur statut personnel ?

Certes, les droits de l'individu ni les besoins de la famille ne comptent dans la détermination de la nationalité de la femme mariée en Tunisie !

Mais il est des droits et des intérêts supérieurs que

(1) Cf. la thèse de M. Raccah : *Mariages et divorces du pays d'Orient*. L'auteur écrit : « La question de l'acquisition par la femme de la nationalité de son mari ottoman ou égyptien est particulièrement importante au point de vue de la dévolution héréditaire ; la divergence de nationalité ou *Ikhtilaf El Dar* est en effet dans les pays d'Islam un empêchement à l'héritage. D'après la décision du Grand Mehkemeh du Caire, la sujétion étrangère d'un Moustaaamen (étranger habitant le pays d'Islam) est un empêchement à l'héritage d'un Zimmi (non musulman soumis à la puissance musulmane) de même que la perte par un Zimmi de la sujétion du Dar El Islam (puissance musulmane) l'empêche de devenir héritier d'un Zimmi resté fidèle à son pacte d'allégeance... Et cela parce que les auteurs hanefites ont indiqué que la cause de l'empêchement à l'héritage entre ceux de différentes nationalités est l'absence de liens d'aide et d'assistance politique et civique entre eux ».

cette détermination méconnaît bien davantage : ce sont les droits et les intérêts de l'Etat tunisien en tant qu'Etat. Nous avons vu, dans notre introduction, que le législateur français a profité du maintien de sa nationalité d'origine à la femme française qui épouse un étranger, pour attirer à la nationalité française le mari de cette femme et les enfants nés de cette union. Nous avons vu aussi que les pays qui adoptaient le principe de l'unité de nationalité des époux étaient inspirés, eux aussi par le désir de remédier à l'insuffisance de leur, population éprouvée par la guerre. La Turquie, elle, animée par des considérations politiques, nationalise les femmes étrangères mariées à des Ottomans et, délaissant le principe suranné de la réciprocité, maintient aux femmes turques mariées à des étrangers leur nationalité d'origine. Tous les Etats, malgré la diversité de leur législation tendent au même but : augmenter leur population nationale. En Tunisie, on a cru devoir inaugurer un système dont, le moins que l'on puisse dire, est qu'il ne manque pas d'originalité ; le système consiste à dénationaliser, dans la plupart des cas, la femme tunisienne mariée à un étranger, et, à maintenir à la femme étrangère mariée à un Tunisien sa nationalité d'origine. Nous ne savions pas que la Tunisie regorgeait à ce point de sujets ! Un tel désintéressement, qui, s'il ne tient de l'inconscience, confine

à l'aberration, mène nécessairement la nation tunisienne à une disparition progressive par voie d'absorption. On se plaît à définir les Israélites : « Cette nation sans territoire ». Pourra-t-on dire, dans un avenir fort éloigné certes, mais fatal : la Tunisie, ce territoire sans nation ? Désagréger l'élément féminin de la population, est-ce autre chose que tarir la source reproductrice de la nation ?

Et cette désagrégation, loin de se produire en faveur de la France, nation protectrice qui rend des services éminents à la Tunisie, se fait contre elle.

En effet la loi française du 10 août 1927 pose le principe de l'indépendance de nationalité des époux. La femme tunisienne mariée à un Français conserve la nationalité tunisienne. Il est vrai que l'article 8 de la loi de 1927 permet à cette femme d'acquérir sur sa demande la nationalité française. L'article 8, en effet, est ainsi conçu : « Si l'intéressée n'acquiert pas nécessairement, en conformité de son statut, la nationalité de son mari et si par application de l'article 8 de la loi sur la nationalité, elle manifeste l'intention d'acquérir la nationalité française, elle doit souscrire dans ce but, avant la célébration du mariage, une déclaration devant l'officier de l'Etat civil. Cette déclaration est établie en double exemplaire. L'un des exemplaires est remis à l'intéressée et l'autre est adressé, avec une expédition de l'acte de mariage à la Chan-

cellerie, par l'intermédiaire du procureur de la République, pour y être déposé dans ses archives ». Or les officiers de l'Etat civil en Tunisie n'ont pas pour mission d'indiquer à la femme cette procédure et, par suite, nombreuses sont les Tunisiennes qui s'unissent à des Français sans observer la formalité prévue par l'article 8, parce qu'elle l'ignore, ou, parce que le ménage s'imagine être encore régi quant à sa nationalité par l'ancien article 12 du Code civil. Le cas est plus fréquent qu'on ne le pense (1).

Par contre la femme tunisienne acquiert la nationalité italienne par le seul fait de son mariage avec un Italien.

Ceci posé, examinons le dénombrement de la population tunisienne (2). Les données démographiques, fournies par le recensement de 1926, nous apprennent que la Tunisie compte 2.105.000 habitants qui se répartissent ainsi : Indigènes tunisiens, 1.932.000 ; Italiens, 89.200 ; Français, 71.020. Les autres éléments de la population ont une impor-

(1) Aussi conviendrait-il d'adresser une circulaire aux officiers de l'Etat civil en Tunisie leur enjoignant d'avertir avant la célébration du mariage la femme tunisienne du maintien de sa nationalité d'origine faute d'une déclaration conforme aux dispositions de l'article 8 de la loi de 1927.

(2) V. *Dénombrement de la population indigène en Tunisie au 30 avril 1926*, publié à Tunis par la Direction de l'Intérieur, p. 112.

tance numérique insignifiante. La population italienne dépasse donc de plus de 18.000 unités l'effectif de la colonie française. M. Louis Aguesse, dans un excellent ouvrage paru récemment (*Souveraineté et Nationalité en Tunisie*, Sirey, 1930) nous indique, qu'à Tunis même, l'élément italien compte 44.076 personnes contre une population française de 27.922 unités. Et il ajoute plus loin : « De 1921 à 1926 la colonie italienne malgré les ponctions résultant des naturalisations a fait un gain de 4.417 personnes, soit près de 900 par an ». La conception tunisienne de l'influence du mariage sur la nationalité n'a pas précisément pour effet de modérer cette allure. A vrai dire, les mariages entre citoyens italiens et sujettes tunisiennes se produisent surtout dans l'élément israélite de la population. Et c'est la quantité relativement négligeable. Mais que l'Italie confère à ses sujets tripolitains la qualité de citoyen — et le projet du Code civil italien prévoit cette collation — nous verrons, alors, affluer en Tunisie des musulmans tripolitains en quête d'épouse.

Nous aurions certes évité, de souligner, avec cette insistance, les avantages qu'offre aux Italiens la détermination actuelle de la nationalité de la femme mariée si la population italienne nous avait semblé consciente de ses devoirs et des droits de la France en Tunisie. Certes, comme l'a écrit Cavé,

« l'identité de besoins, la similitude des difficultés à surmonter, l'appel impérieux du sol africain à ceux qui y sont nés, une sympathie indéniable, accordent les populations françaises et italiennes ». C'est en Tunisie que les deux nations révèlent, de la façon la plus sincère, leurs affinités nombreuses. Mais hélas ! « de bons apôtres » mis en transes par les manifestations quasi-héroïques dont Rome a parfois le spectacle, s'acharnent à dresser l'un contre l'autre les deux éléments latins de la population tunisienne, en brandissant comme une menace l'argument du nombre.

Il nous appartenait dès lors, d'indiquer que la solution donnée aux problèmes que pose en Tunisie la nationalité de la femme mariée ne favorisait guère l'influence politique de la France.

CONCLUSION

Les tribunaux français en Tunisie écartent donc invariablement l'application de la loi du Charaa, qu'il s'agisse de déterminer la nationalité de la femme tunisienne mariée à un étranger, ou celle de la femme étrangère mariée à un Tunisien. Nous avons vu que dans le premier cas on peut leur en faire juridiquement un reproche. Ils se sont nettement laissés influencer par le caractère religieux de la loi du Charaa et surtout par la carence de la législation séculière. On peut même dire que certains jugements semblent interpréter le silence du législateur comme un désir d'éviter à ce propos tout conflit de lois avec les puissances étrangères. Pouvaient-ils prendre la responsabilité d'un conflit diplomatique, qui n'eût pas manqué de se produire s'ils avaient maintenu à la femme tunisienne mariée à un Italien sa nationalité d'origine alors surtout qu'il leur fallait, par une application normale des principes de droit international privé, attribuer à la femme tunisienne mariée à un Français, la nationalité française ? Les tribunaux ne

se sont pas crus autorisés à agir de la sorte. A vrai dire, les tribunaux français se sont trouvés en Tunisie en présence d'une tâche ardue et d'une complexité peu commune. En effet la législation tunisienne ne contient aucune règle de solution des conflits de lois. « Les tribunaux français de Tunis, écrit M. R. Saada, se sont employés à dégager les principes directeurs dont les a privés l'absence d'une loi formelle. Et c'est pourtant dans ce domaine, particulièrement, qu'on a pu dire à juste titre que la justice française avait accompli une œuvre qui a été accueillie comme une précieuse contribution à l'avancement de la science moderne du droit ».

Mais la nature même du Protectorat français et la diversité des législations applicables contribuèrent à conférer à ces tribunaux un caractère *sui generis* qu'ils ont accepté sans réserve et auquel nous devons ce jugement qui, par une surprenante fiction d'exterritorialité, réintègre la femme italienne, devenue veuve, dans sa nationalité d'origine sans que celle-ci quitte la Régence et cet autre jugement qui refuse la nationalité française à la femme tunisienne mariée à un algérien sujet français. Et la défaillance du législateur ne pou-

(1) Cf. Saada (R.), *Essai sur la justice française en Tunisie* (Thèse, Lyon).

vaît évidemment pas conduire à une solution différente de celle que les tribunaux adoptent pour déterminer la nationalité de la femme mariée en Tunisie.

Il nous paraît intolérable que la crainte d'éveiller les susceptibilités, des uns, et, l'apathie des autres, prolongent l'existence de cette fâcheuse détermination.

Le concept de la nationalité, inexistant avant le Protectorat français, s'est dégagé, depuis, de toute emprise religieuse ! Il existe en Tunisie actuellement, un groupe social ayant une forme nationale (1).

D'autre part le décret de 1914 et celui du 8 novembre 1921 affirment le droit qui appartient au Bey d'imposer *jure soli* la nationalité tunisienne. M. de Lapradelle dans sa plaidoirie devant la Cour permanente de Justice internationale (*in Revue de Droit international privé*, 1922, n° 1, p. 196) a déclaré : « Depuis l'extinction des droits d'exterritorialité de la Grande-Bretagne à Tunis, le Bey a le droit au regard des descendants des sujets britanniques, qui ne sont plus réclamés par la Grande-Bretagne au nom de l'exterritorialité, d'exercer, dans la plénitude de sa souveraineté recouvrée, le droit de conférer la nationalité *jure soli* ».

(1) Contesterait-on sérieusement aux Turcs une nationalité distincte de toutes les autres populations islamiques ?

La femme tunisienne, elle, recevant une éducation européenne, a vu sa condition s'améliorer de plus en plus au contact de la civilisation française (1). La femme mariée musulmane jouit, d'après la loi du Charaa, d'une capacité illimitée ! la puissance maritale n'existe pas juridiquement. Pourquoi, dès lors, faire dépendre la nationalité de cette femme de la législation nationale de son époux.

Enfin, le législateur tunisien ne rencontre plus les obstacles difficiles que les privilèges capitulaires opposaient à son action. N'a-t-il pas imposé *jure soli* la nationalité française en Tunisie ?

La lacune législative n'a désormais plus de raison d'être.

Mais alors il reste à acclimater à la Tunisie cette notion si délicate et si contingente surtout, de l'influence du mariage sur la nationalité. La nouvelle détermination de la nationalité de la femme mariée en Tunisie doit s'inspirer des principes consacrés par les législations modernes et particulièrement de la loi française du 10 août 1927. Plus libérale à l'égard de la femme, elle doit cependant concilier les droits de l'individu avec les besoins de la famille et ceux de l'Etat. C'est pourquoi il ne con-

(1) La polygamie, n'est plus pratiquée en Tunisie, du moins dans les milieux cultivés.

vient pas de laisser la femme tunisienne seule arbitre de son changement de nationalité. D'autre part, en l'état actuel de la loi du Charaa et de la loi de Moïse la femme étrangère ne peut acquérir la nationalité tunisienne en raison du changement de statut personnel qui s'ensuivrait, changement que l'ordre public international ne peut tolérer. Mais fera-t-on une heimatlos de la femme à laquelle la législation nationale fait perdre la nationalité d'origine du seul fait de son mariage avec un étranger ? Il serait plus logique de lui faire acquérir la nationalité tunisienne.

C'est ce qui nous conduit à proposer un texte législatif rédigé de la façon suivante.

Le décret du 19 juin 1914 est ainsi complété :

Article unique. — 3° La femme étrangère qui épouse un Tunisien conserve sa nationalité à moins que sa loi nationale ne lui fasse perdre sa nationalité d'origine par le seul fait de son mariage avec un étranger.

La femme tunisienne qui épouse un étranger conserve sa nationalité à moins qu'elle ne déclare expressément vouloir acquérir en conformité des dispositions de la loi nationale du mari, la nationalité de ce dernier. Dans ce cas son changement de nationalité sera soumis à l'autorisation de Notre Premier Ministre.

Elle perd la qualité de Tunisienne si les époux

fixent leur domicile hors de Tunisie après la célébration du mariage et si la femme acquiert nécessairement la nationalité du mari, en vertu de la loi nationale de ce dernier.

VU : *Le Président,*
G. RIPERT.

VU : *Le Doyen de la Faculté,*
H. BERTHÉLEMY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

- AGUESSE (Louis). — *Souveraineté et Nationalité en Tunisie*. Sirey, Paris, 1930.
- ARMINJON. — *Précis de droit international privé*. Dalloz, 1927.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 5^e éd., 12 vol. 1897-1922, revue par M. Bartin à partir du tome VI.
- BARTIN (E.). — *Etudes de droit international privé*. Paris, 1889.
- *Cours de droit civil approfondi*, professé en 1925-1926 à la Faculté de Paris.
- *Cours de droit international privé*, professé en 1927-1928 à la Faculté de Paris.
- *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*. Paris, 1930.
- BERGE (Stéphane). — *La juridiction française en Tunisie*. Paris, Pichon, 1895, reproduit au *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1895, p. 464.
- *Répertoire alphabétique de la jurisprudence tunisienne*. Tunis, Borrel, 1920.
- *La juridiction française au Maroc*. Paris, 1917.
- BISMUT (Victor). — *Essai sur la dualité législative et judiciaire en Tunisie*, thèse Dijon, 1922.
- BOMPARD. — *Législation de la Tunisie*.
- CALBAIRAC (G.). — *Traité de la nationalité de la femme mariée*. Paris, Sirey, 1929.
- CAVE. — *Sur les traces de Rodd Balek*, 1929, édition du Comité de l'Afrique française. Articles parus dans l'*Afrique française* de janvier 1924 à juin 1927.
- CHALOM (J.). — *Les Israélites de la Tunisie*. Paris, Rousseau, 1908.

- CORAN. — Traduction Kasimirski. Paris, Fasquelle, 1918.
 — *Dénombrement de la population civile inalgène au 20 avril 1927.*
 Direction générale de l'Intérieur. Tunis, Imprimerie Paris.
- D'ESTOURNELLES DE CONSTANT (P. H. X.). — *La politique française en Tunisie.* Paris, Plon, 1891.
 — *El Bokhari, les traditions islamiques.* Paris, 1903-1908, traduction Houdas et Marçais.
- FÉRAUD-GIRAUD. — *De la juridiction française dans les Echelles du Levant et de Barbarie,* 1866, 2^e éd.
- FITOUSSI (Elie). — *L'Etat Tunisien.* Tunis, Picard, 1904.
- GAUDIANI (A.) et THIAUCOURT (P.). — *La Tunisie.* Librairie administrative Dupont, Paris, 1910.
- GEOUFFRE DE LAPRADELLE. — *Cours de droit international public pour le doctorat* professé en 1927 à la Faculté de Paris.
- GIDEL. — *Cours de droit constitutionnel* professé en 1922-1923 à la Faculté de Paris.
- KHALIL. — *Code musulman, rite malékite.* Alger, 1909.
- LAGRANGE et FONTANA. — *Codes et lois de la Tunisie.*
- LARCHER et RECTENWALD. — *Traité de législation algérienne.* Paris, Rousseau.
- MORAND (Marcel). — *Etude de droit musulman algérien.* Alger, Jourdan, 1910.
- J. DE LA MORANDIÈRE. — *L'influence du mariage sur la nationalité de la femme en Roumanie.* Conférences 1930, p. 23-38.
- MILLIOT (Louis). — Préface de *Souveraineté et nationalité en Tunisie*, par L. Aguesse.
- NIBOYET. — *Note sur la nationalité en Tunisie*, Sirey, 1925-1-305.
- PILLET et NIBOYET. — *Manuel de droit international privé.* Paris, 1924.
- PILLET. — *Cours de droit international privé pour le doctorat*, professé en 1926 à la Faculté de Droit de Paris.
 — *Traité pratique de droit international privé.* Paris, 1925.
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.). — *Traité pratique de droit civil français.* Paris, Pichon et Durand-Auzias.
- PIC (Paul). — Influence de l'établissement d'un Protectorat sur les traités antérieurement conclus avec les puissances tierces

- par l'Etat protégé. *Revue générale de droit international privé*, 1896, p. 613.
- RACCAH. — *Mariage et Divorce des pays d'Orient*. Jouve, Paris, 1926.
- RECTENWALD. — Articles dans la *Revue algérienne*, notamment sous R. A. 1920. 2. 82.
- REY (Francis). — *La protection diplomatique et consulaire dans les Echelles du Levant et de Barbarie*. Paris, 1899.
- ROUSSEAU (A.). — *Annales Tunisiennes ou Aperçu historique sur la Régence de Tunis*. Alger, 1864.
- SAUTAYRA et CHARBONNEAU. — *Droit musulman*.
- SAUTAYRA et CHARLEVILLE. — *Code Rabinique*.
- SAADA (R.). — *Essai sur la justice française en Tunisie*, thèse Lyon, 1928.
- SALEM (R.). — *De l'influence du mariage sur la nationalité de la femme en Turquie*, in *Clunet*, 1901, p. 936 ; 1902, p. 79.
- SORBIER DE POUGNADORESSÉ. — *La justice française en Tunisie*, thèse Montpellier, 1897.
- SCEMAMA (Jacques). — *Les hypothèques en Tunisie*.
- SCEMAMA (Raymond). — *Essais sur les conflits de lois en Tunisie* (Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1930).
- TIBI (S.). — *Le statut personnel des Israélites et spécialement des Israélites tunisiens*. Tunis, 1922.
- WEISS (A.). — *Manuel de droit international privé*. Paris, 1925.
- WINKLER. — *Essai sur la nationalité dans les Protectorats de Tunisie et du Maroc*, thèse Paris, Jouve, 1926.

PUBLICATIONS

- Journal officiel tunisien.*
- Journal officiel français.*
- Journal des tribunaux de la Tunisie* (cité sous l'abréviation J. T.).
- Echo des tribunaux.*
- Revue algérienne* (R. A. T.).
- Robe.*
- Dalloz. Jurisprudence générale.*
- Gazette du Palais.*

Gazette des tribunaux mixtes.

Recueil Sirey.

Tunisie française.

Presse coloniale.

Tunis socialiste.

Afrique française.

La voix du Tunisien.

Revue générale de droit international public.

Revue de droit international privé.

Revue internationale de législation et de jurisprudence musulmanes.

Journal du droit international privé (Clunet).

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS.	1
INTRODUCTION. — Considérations générales	5

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER. — La nationalité de la femme mariée dans les législations européennes et dans la législation tunisienne	12
CHAPITRE II. — Causes de l'absence d'une détermination législative de la nationalité de la femme mariée. . .	25
<i>Section I.</i> — La notion de la nationalité en Tunisie .	25
<i>Section II.</i> — La condition sociale de la femme Tunisienne.	33
<i>Section III.</i> — La situation de la Tunisie en droit public	40
§ 1. — La Tunisie pays de Capitulation . . .	42
§ 2. — L'Etat Tunisien et l'établissement du Protectorat français	48

DEUXIÈME PARTIE

INFLUENCE DU MARIAGE SUR LA NATIONALITÉ TUNISIENNE SELON LA LOI, SELON LA TRADITION CORANIQUE ET SELON LA JURISPRUDENCE

CHAPITRE PREMIER. — La nationalité tunisienne se perd-elle par le mariage?	74
<i>Section I.</i> — La loi écrite	74

	Pages
<i>Section II.</i> — Le droit coutumier tiré des prescriptions religieuses.	81
<i>Section III.</i> — Les solutions jurisprudentielles . . .	86
CHAPITRE II. — La nationalité tunisienne s'acquiert-elle par le mariage ?	89
<i>Section I.</i> — La loi écrite	89
<i>Section II.</i> — Le droit coutumier tiré des prescriptions religieuses.	95
<i>Section III.</i> — Les solutions jurisprudentielles . . .	98
CHAPITRE III. — Du principe de l'allégeance perpétuelle posé par la loi du Charaa et de son inobservance par les Tribunaux de Tunisie	103
<i>Section I.</i> — Raisons qui militent en faveur de l'application du principe de l'allégeance perpétuelle .	104
<i>a)</i> Les textes et l'opinion de la Doctrine	104
<i>b)</i> L'application pratique	107
<i>c)</i> La législation séculière tunisienne	109
<i>Section II.</i> — Etude critique des solutions jurisprudentielles	117
<i>a)</i> relatives à la nationalité de la femme Tunisienne mariée à un étranger	118
<i>b)</i> relatives à la nationalité de la femme étrangère mariée à un Tunisien.	129
CHAPITRE IV. — Des conséquences juridiques et politiques de la détermination actuelle de l'influence du mariage sur la nationalité tunisienne	134
CONCLUSION	142
BIBLIOGRAPHIE	148
TABLE DES MATIÈRES.	153

IMPRIMERIE BARNÉOUD. — LAVAL (FRANCE).
